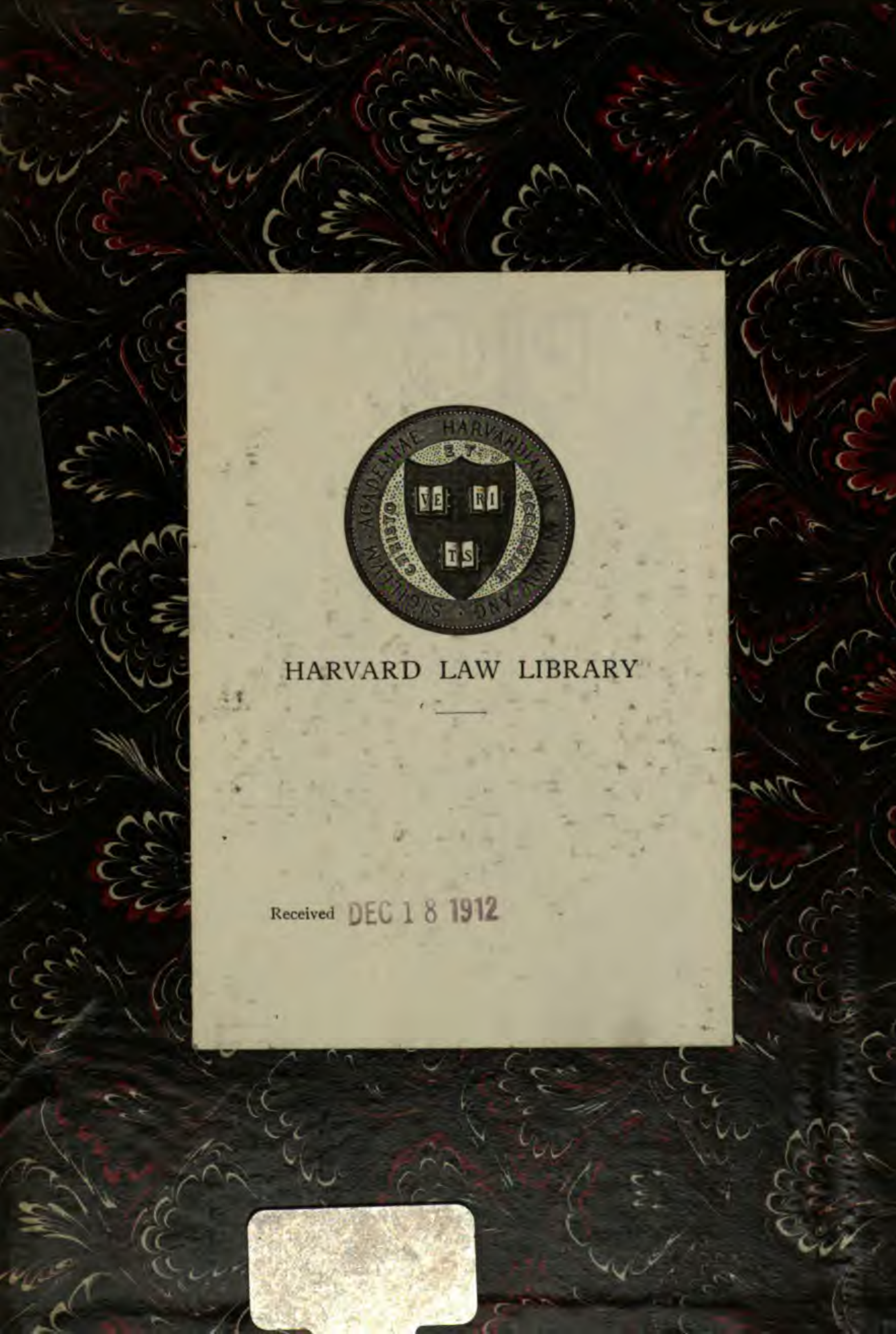
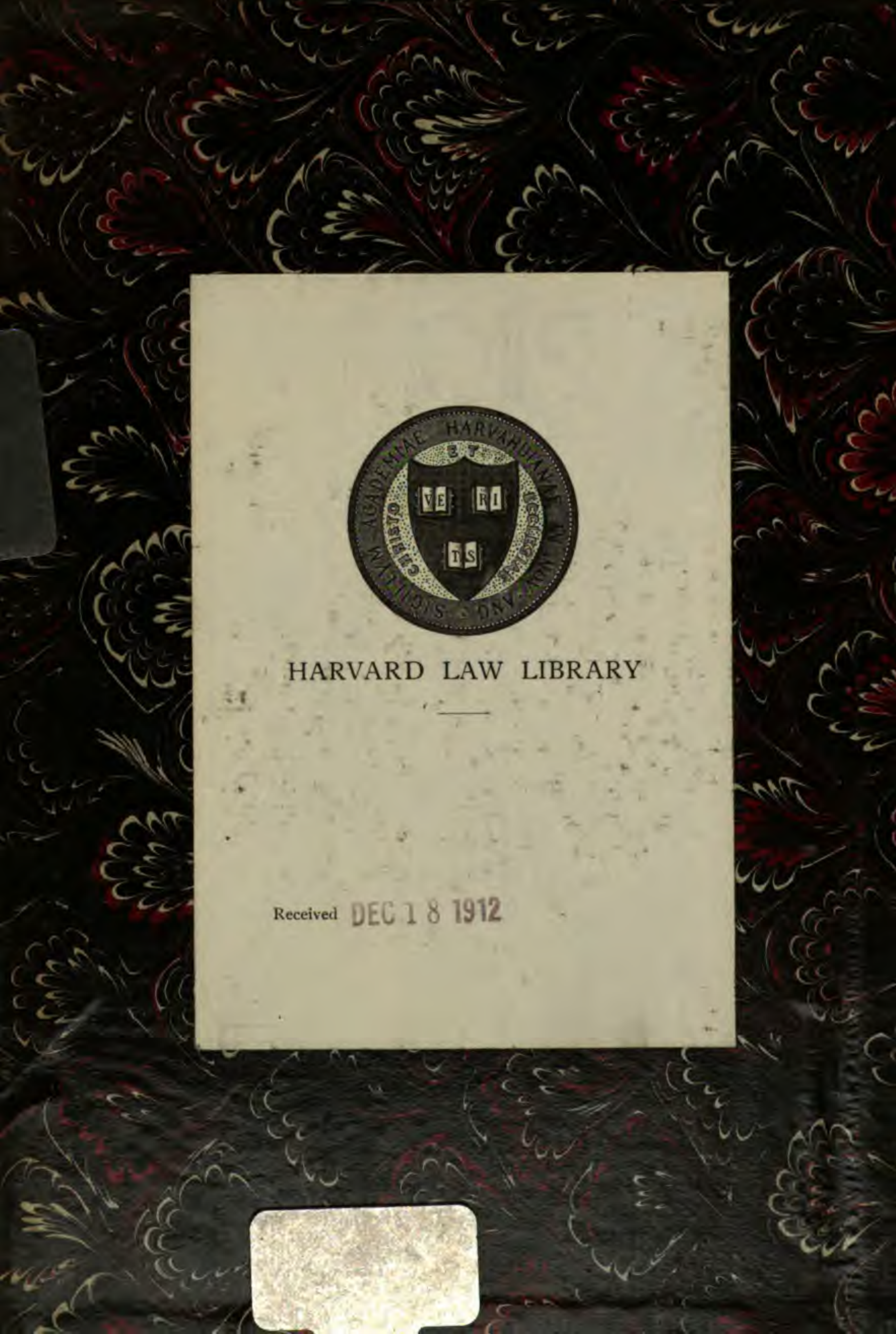




CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS
HARVARD LAW LIBRARY
Received DEC 18 1912





HARVARDIANAE ACADEMIAE SIGILLUM CHRISTO ET ECCLESIAE IN NOV ANG
VE RI TS



13. ao

Handelsgesetzbuch

mit Kommentar

herausgegeben von

H. Makower.

Dreizehnte Auflage

bearbeitet von

F. Makower, Rechtsanwalt.

Zweiter Band.

Buch III (Handelsgeschäfte).



Berlin 1907.

J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,

G. m. b. H.

Inhaltsübersicht.

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Zweiter Abschnitt. Handelskauf.

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft.

Fünfter Abschnitt. Lagergeschäft.

Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft.

Siebenter Abschnitt. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

Zweiter Abschnitt. Handelskauf.

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft.

Drittes Buch.

Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften.

I. Anwendungsgebiet der Vorschriften über Handelsgeschäfte (§§ 343—346).

§ 343.

Begriff der Handelsgeschäfte.

Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören.

Die im § 1 Abs. 2 bezeichneten Geschäfte sind auch dann Handelsgeschäfte, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes geschlossen werden.

ADH. Art. 273 Abs. 1, Art. 272 Abs. 2. **Entw. I** § 315. **Entw. II** § 334.

I. **Tragweite des § 343 Abs. 2.**

a. **Verhältnis des § 343 Abs. 1 zu Abs. 2.** Da Abs. 2 selbständig neben Abs. 1 steht, könnte es scheinen, als solle zu den in Abs. 1 als Handelsgeschäfte bezeichneten Geschäften der Abs. 2 noch weitere hinzufügen. Eine solche Bedeutung hatte in der Tat im Verhältnis zu Art. 272 Abs. 1 ADH. der Art. 272 Abs. 2 ADH., welchem § 343 Abs. 2 nachgebildet ist. Für den § 343 Abs. 2 wäre eine solche Auslegung nur angängig, wenn man unter „zum Betriebe gehören" in Abs. 1 etwas anderes, engeres verstehen wollte als unter „im Betriebe geschlossen" in Abs. 2. Dies wäre sachlich an sich nicht unmöglich, die Fassung des Gesetzes verleitet hierzu, und eine solche Unterscheidung ist auch vorausgesetzt bei gelegentlicher Erwähnung in D. 188: „welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören oder doch gemäß § 334 Abs. 2" (jetzt § 343 Abs. 2) „in diesem Betriebe geschlossen werden". Dennoch hat der Gesetzgeber eine dahingehende Auslegung n i c h t beabsichtigt (ebenso Lehmann Nr. 7). Die D. 190 bemerkt an der entscheidenden Stelle: „Wenn diese Vorschrift" (Art. 272 Abs. 2 ADH.) „auch vielfach nur als eine Folgerung aus dem Satze angesehen wird, daß alle Ge-

schäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, Handelsgeschäfte sind, so empfiehlt es sich doch zur Vermeidung von Zweifeln dieselbe beizubehalten, zumal sie vermöge der Beseitigung des Begriffs der objektiven Handelsgeschäfte erhöhte Bedeutung erlangt." Hiernach soll Abs. 2 nicht eine Reihe von Handelsgeschäften anderer Art neben diejenigen des Abs. 1 stellen; vielmehr soll er nur ein Beispiel für die richtige Anwendung des Abs. 1 geben. Die entscheidende Begriffsbestimmung ist daher lediglich in Abs. 1 enthalten. Daraus folgt aber dann umgekehrt, daß unter „im Betriebe geschlossen" in Abs. 2 nichts anderes verstanden sein kann als unter „zum Betriebe gehören" in Abs. 1. Das „im Betriebe geschlossen Werden" ist vielmehr nur ein besonderer Fall des „zum Betriebe Gehören". Ähnlich: „im Betriebe begründet" (§ 25), „im Betriebe gezeichnet" (§ 344 Abs. 2), „im Betriebe versprochen" (§ 348), „in Ausübung" (§ 354), „dessen Betrieb mit sich bringt" (§ 362, BGB. § 1405), „im Betriebe veräußert oder verpfändet" (§ 366), „im Betrieb übernommen" (§§ 406, 451), vgl. auch „für den Betrieb erfolgt" (BGB. § 196 Nr. 1). — Der oben erwähnte Widerspruch zwischen den mehreren Stellen der Denkschrift erklärt sich wohl daraus, daß an jeder derselben dem mehrdeutigen (unten Anm. IIc 1) Wort „Handelsgewerbe" ein anderer Begriff untergelegt ist. — Der § 343 Abs. 2 ist hiernach überflüssig (ebenso Lehmann Nr. 7; ähnlich Düringer-Hachenburg Anm. IV).

b. **Hervorhebung der Geschäfte des § 1 Abs. 2.** „Die im § 1 Abs. 2 bezeichneten Geschäfte" (Handelsgrundgeschäfte, § 1 Anm. VIII) werden in § 343 Abs. 2 besonders hervorgehoben. Auch hierdurch ist § 343 Abs. 2 irreführend. Denn was er von den Handelsgrundgeschäften aussagt, ist nichts diesen Eigentümliches, gilt vielmehr von jedem Geschäft (wohl ebenso Staub Anm. 2, 11). Jedes Geschäft, wenn es von einem Kaufmann „im Betriebe seines Handelsgewerbes geschlossen" wird (Abs. 2), mithin (oben Anm. Ia) „zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört" (Abs. 1), ist nach Abs. 1 ein Handelsgeschäft, ohne daß es darauf ankommt, ob der Betrieb gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichtet ist.

II. **Die Begriffsbestimmung des § 343 Abs. 1:** „Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören."

a. **Geschäfte.**

1. „Geschäfte" gleichbedeutend mit „Rechtsgeschäfte".

In §§ 343 ff. ist mitunter das Wort „Geschäfte", mitunter das Wort „Rechtsgeschäfte" gebraucht. Ersteres in §§ 343 Abs. 1, 2 (übernommen aus Art. 273 Abs. 1, 272 Abs. 2), 347 Abs. 1 (übernommen aus Art. 282), 354 Abs. 1 (übernommen aus Art. 290 Abs. 1), 357 (neu), 362 Abs. 1 (Fassung neu; vgl. Art. 323); letzteres in §§ 344 Abs. 1 (in Art. 274 Abs. 1 „Verträge"), 345 (übernommen aus Art. 277); vgl. auch „Geschäftsverbindung" in §§ 355 Abs. 1, 362 Abs. 1, „Geschäftszeit" in § 358. Wie sich aus den vorstehend beigesetzten Bemerkungen ergibt, erklärt sich die Verschiedenheit in den meisten Fällen aus der Herübernahme aus dem ADH. Im Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens wird das Wort „Geschäft" — abgesehen von hier nicht interessierenden Bedeutungen — bald im Sinn von Tätigkeit ganz allgemein, bald im Sinn von Rechtsgeschäft gebraucht. Eine strenge Scheidung beider Bedeutungen läßt sich überhaupt kaum durchführen, weil fast jede Tätigkeit unter Umständen ein Rechtsgeschäft (z. B. eine stillschweigende Willenserklärung) enthalten kann. Auch im BGB. und HGB. ist das Wort „Geschäft" nicht an allen Stellen auf die Bedeutung von „Rechtsgeschäft" beschränkt; so z. B. nicht in dem Ausdruck „Geschäfte führen". Auch die oben erwähnten Stellen des HGB. Buch III Abschn. 1 zeigen nicht oder doch nicht klar einen einheitlichen Gebrauch des Wortes „Geschäft". Die Bedeutung ist bestritten für die Redewendung „Besorgung von Geschäften" in § 362 (vgl. Staub § 362 Anm. 2—4, der hierunter nur Besorgung von Rechtsgeschäften verstehen will; dagegen unten § 354 Anm. IIIa 2); dieselbe Redewendung findet sich in § 354. In § 357 und § 343 Abs. 2 steht „Geschäfte" in der Bedeutung von „Rechtsgeschäfte"; ebenso im Ausdruck „Geschäftsverbindung". Dagegen bezeichnet das Wort „Geschäftszeit" wohl eher die Zeit, in welcher irgend eine kaufmännische Tätigkeit

ausgeübt wird, nicht gerade eine Zeit nur für rechtsgeschäftliche Handlungen. In § 347 Abs. 1 endlich hängt die Bedeutung von „Geschäft“ davon ab, ob nur ein Rechtsgeschäft ein Handelsgeschäft sein kann, mithin von der Auslegung des § 343 Abs. 1.

Für § 343 Abs. 1 läßt sich daher aus der Vergleichung mit anderen Stellen, an denen das Wort „Geschäft“ vorkommt, nur ableiten, daß dies Wort auch hier die beschränkte Bedeutung von „Rechtsgeschäft“ haben kann, und die Vergleichung mit Abs. 2, wo es diese Bedeutung hat, legt eine solche Auslegung nahe. Nach derselben Richtung weist aber auch, daß an keiner Stelle das Wort „Handelsgeschäfte“ notwendig in anderem Sinn als in dem von Handelsrechtsgeschäften ausgelegt werden muß. Ferner, daß in § 352 Abs. 1 Satz 2 „Handelsgeschäft“ dem Wort „Rechtsgeschäft“ in § 246 BGB. entspricht und hiermit als innerhalb dieses Begriffs liegend gekennzeichnet ist.

„Geschäfte“ in § 343 hat mithin dieselbe Bedeutung wie „Rechtsgeschäfte“ in §§ 344, 345 (ebenso Staub Anm. 19, Düringer-Hachenburg § 344 Anm. II); nur ein Rechtsgeschäft kann Handelsgeschäft sein (ebenso CosackHR. § 91, Lehmann Nr. 4).

2. Rechtsgeschäft. Über den Begriff „Rechtsgeschäft“ vgl. Planck[3] Buch I Abschn. 3 Vorbem. I, Neumann in Festg. f. Wilke 209 ff.; zum Begriff des Rechtsgeschäfts gehört das Vorhandensein einer oder mehrerer Willenserklärungen, der Begriff umfaßt sowohl Verträge wie einseitige Willenserklärungen (ROH. 2 44), nicht nur Handlungen (auch unerlaubte, BGB. § 134, z. B. BörsG. § 51), sondern auch willenerklärende Unterlassungen (vgl. Staub Anm. 19; abweichend Lehmann Nr. 4). Kein Rechtsgeschäft (weil keine Willenserklärung) und mithin kein Handelsgeschäft liegt aber in dem Empfangen einer einseitigen Willenserklärung (z. B. einer Kündigung) des anderen. Ebensowenig in dem Unterlassen einer Leistung bei Fälligkeit.

b. Eines Kaufmanns Geschäfte.

1. Kaufmann. Nur wer Kaufmann (§ 1 Anm. IV) ist, kann ein Handelsgeschäft schließen. Also wer auf Grund des § 2 oder des § 3 Kaufmann ist, erst nach Eintragung; ob dies auch für das innere Verhältnis einer zum Betrieb eines Gewerbes nach §§ 2, 3 begründeten oHG. gilt, vgl. § 105 Anm. IIa. Aber nicht nur der Voll-, sondern auch der Minderkaufmann (ROH. 10 243; vgl. RG. 12 XII 93 JHR. 46 467); denn auch letzterer ist Kaufmann (§ 4 Anm. Ib). Auch derjenige Handwerker, der Kaufmann ist (D. 190). Da eine eingetragene Firma gegenüber demjenigen, der sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend machen kann, daß das unter der Firma eingetragene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei (§ 5 Anm. IIc 1), so kann sie auch nicht geltend machen, daß sie wegen Nichtbestehens eines Handelsgewerbes nicht Kaufmann, und daß aus gleichem Grund die zum Betrieb ihres Gewerbes gehörigen Geschäfte nicht Handelsgeschäfte seien. Wer seine Eintragung als Kaufmann herbeigeführt hat, ohne daß die hierzu erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, muß — auch wenn § 5 nicht eingreift, z. B. wenn überhaupt kein Gewerbe betrieben wird — unter Umständen gleichfalls sich als Kaufmann gelten lassen, unter Umständen allerdings nur Schadensersatz leisten (§ 15 Anm. IIId 3). Hat jemand durch Ausscheiden aus einer eingetragenen Firma oder durch endgültiges Einstellen des Gewerbebetriebs die Eigenschaft als Kaufmann verloren (§ 1 Anm. IIc), ist jedoch versäumt worden, sein Ausscheiden bezw. das Erlöschen der Firma einzutragen und bekanntzumachen (vgl. §§ 31, 143), so kann er dies, und daß aus diesem Grund ein Geschäft nicht Handelsgeschäft sei, einem Dritten nicht entgegensetzen, es sei denn, daß diesem jene einzutragende Tatsache bekannt war (§ 15 Abs. 1, 3). Nach PrivVersUntG. 12 V 01 (RGBl. 139) § 16 finden die inbetreff der Kaufleute im ersten und dritten Buch des HGB. gegebenen Vorschriften, mit Ausnahme der §§ 1—7, auf die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit entsprechende Anwendung, soweit jenes Gesetz nichts anderes bestimmt. Mithin sind auf ihre betriebszugehörigen Geschäfte die Regeln über Handelsgeschäfte entsprechend anwendbar (KG. 7 VII 02 OLGRspr. 5 442). — Geschäft des Kaufmanns ist auch das in seinem Namen durch seinen ermächtigten Vertreter Geschlossene. — Maßgebend für die Notwendigkeit des Vorhandenseins der Kaufmannseigenschaft ist die Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts (ROH. 15 28; vgl. § 353 Anm. Ib 1). — Geht die Kaufmannseigen-

schaft aus den von den Parteien angeführten Tatsachen hervor, so ist sie bei der Frage nach dem zur Anwendung zu bringenden Recht von Amts wegen zu berücksichtigen; die Parteien brauchen sich auf jene Eigenschaft nicht besonders zu berufen (RG. 3 VI 02 JW. 398[33]). — Über Vorbereitungs- und Abwickelungsgeschäfte vgl. unten Anm. III 3, 60.

2. Ist die Aufnahme dieses Merkmals in die Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte entbehrlich? Staub Anm. 18 hebt hervor, in der Aufnahme des Begriffs „Kaufmann" in die Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte liege ein Pleonasmus, da, wer ein Handelsgewerbe betreibe, Kaufmann sei (§ 1 Abs. 1), also die „zum Betriebe eines Handelsgewerbes" gehörenden Geschäfte ohnedies nur Geschäfte eines Kaufmanns sein könnten. Dies ist zutreffend, insoweit darin die Aufnahme des Begriffs „Kaufmann" in die Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte als überflüssig gekennzeichnet wird. In den Worten „eines Kaufmanns" steckt jedoch noch ein Zweites, so daß man jene Worte nicht ganz fortdenken darf: Nicht jedes zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehörende Geschäft ist ein Handelsgeschäft für alle Beteiligten; die Zugehörigkeit zum Handelsgewerbebetrieb gibt dem Geschäft vielmehr die Eigenschaft als Handelsgeschäft nur für den betreffenden Handelsgewerbetreibenden; auch hierauf weisen die Worte „eines Kaufmanns" hin. Hiergegen kann nicht angeführt werden, daß man als Unterabteilungen (RG. 29 22) der Handelsgeschäfte „einseitige" und „beiderseitige" zu unterscheiden pflegt, und daß auch im HGB. (z. B. §§ 345, 347, 350 verglichen mit §§ 352, 353) die Unterscheidung vorausgesetzt ist. Dieser Unterscheidung liegt ein ganz anderer Gesichtspunkt zu Grund, nämlich die Frage, ob auch für die andere Vertragspartei das Rechtsgeschäft ein Handelsgeschäft ist. „Einseitiges Handelsgeschäft" kann nicht etwa bestimmt werden als „Rechtsgeschäft, welches für einen Teil Handelsgeschäft ist", vielmehr nur als „Handelsgeschäft, welches für den anderen Teil nicht Handelsgeschäft ist".

Aus dem vorstehend in Anm. I und IIa, b Bemerkten ergibt sich, daß, um § 343 richtig auszulegen, man **beide** Absätze ersetzt zu denken hat etwa durch die Worte:

„Handelsgeschäfte sind für den Kaufmann alle zu seinem Betrieb gehörigen Rechtsgeschäfte; auch solche, auf die das Gewerbe gewöhnlich nicht gerichtet ist."

c. **Alle, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören.**

1. Handelsgewerbe-Betrieb muß vorliegen. Über den Begriff des Handelsgewerbes vgl. § 1 Anm. III. Das Wort „Handelsgewerbe" kann an sich in drei verschiedenen Bedeutungen gebraucht werden: entweder im Sinn von „das einzelne Unternehmen" (so z. B. in §§ 39, 116) oder im Sinn von „der einzelne Gewerbezweig" (z. B. in einer Redewendung wie: „das Handelsgewerbe der Lagerhalter") oder im Sinn von „handelsgewerbliche Tätigkeit überhaupt" im Gegensatz zu einer kein Handelsgewerbe oder kein Gewerbe bildenden Tätigkeit (so z. B. in § 210). Wie aus der Entstehungsgeschichte (P. 544, 1297) abzuleiten und nicht bestritten, ist in § 343 Abs. 1 mit dem Wort „Handelsgewerbe" der letztere Sinn verbunden. — Tritt jemand als Kaufmann nach außen auf, ohne es zu sein, so muß er die hierin liegende Kundgebung gegen sich gelten lassen, als wäre sie wahr (vgl. § 123 Anm. IVb, Staub Anm. 8); hieraus kann unter Umständen auch folgen, daß er die von ihm abgeschlossenen Geschäfte im Verhältnis zum Kundgebungsempfänger so gelten lassen muß, als seien es Handelsgeschäfte; in Wahrheit sind sie dies aber nicht (abweichend Staub aaO.). — Über die Frage, ob der Betrieb bereits begonnen haben muß, vgl. unten Anm. III „Vorbereitungsgeschäfte".

2. Seinem Handelsgewerbe betriebszugehörig müssen die Geschäfte sein. Das heißt: dem in seinem Namen betriebenen; denn dessen ist das Handelsgewerbe, in dessen Namen es betrieben wird (§ 1 Anm. IVd 1). Für die offene Handelsgesellschaft nimmt nun zwar die Rechtsprechung an, daß auch bezüglich des namens der Gesellschaft erfolgenden Gewerbebetriebs doch die einzelnen Gesellschafter die Betreibenden und aus diesem Grund Kaufleute sind (dagegen § 1 Anm. IVd 3). Dennoch müssen bei Anwendung der §§ 343 ff. hier die mehreren Eigenschaften, in denen der Gesellschafter auftreten kann, auseinander-

gehalten werden. Nimmt der Gesellschafter, der neben der offenen Handelsgesellschaft kein eigenes Handelsgewerbe betreibt, in eigenem Namen ein Geschäft vor, so ist dies kein Handelsgeschäft (ROH. 14 284; dagegen ROH. 3 434). Betreibt er dagegen außer der offenen Handelsgesellschaft auch auf eigenen Namen ein Handelsgewerbe, so ist ein von ihm in eigenem Namen vorgenommenes Rechtsgeschäft Handelsgeschäft, wenn es zu jenem auf eigenen Namen geführten Handelsgewerbe gehört. Kein Handelsgeschäft wurde als vorliegend angenommen in einem Fall, in dem der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, der in eigenem Namen kein Handelsgewerbe betrieb, in eigenem Namen zwei Pferde gekauft hatte in der Absicht, sie nebenbei auch zu Geschäftsreisen zu benutzen (Bolze 21 Nr. 295). Vgl. auch § 344 Anm. IIe. — Das Wort „seines" soll nicht etwa eine Hindeutung darauf enthalten, daß nur Geschäfte derjenigen Art in Betracht kommen könnten, die in dem betreffenden Handelszweig abgeschlossen werden; es heißt nicht „seines Handelszweiges", sondern „seines Handelsgewerbes"; das letztere Wort kann aber an sich in verschiedenen Bedeutungen gebraucht werden; für jene Frage kommt es mithin auf die Auslegung des Worts „Handelsgewerbes" (oben zu 1), nicht auf das Wort „seines" an.

3. Betriebszugehörigkeit muß vorhanden sein. Hierzu vgl. § 344.

Da „Handelsgewerbe" in § 343 Abs. 1 im Sinn von „handelsgewerbliche Tätigkeit beliebigen Inhalts" steht (oben zu 1), so wird die Betriebszugehörigkeit nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Gewerbe gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichtet ist (P. 544, 1297; Bolze 15 Nr. 215, RG. 9 VII 04 JW. 496[25]). Dies ist für die Handelsgrundgeschäfte in § 343 Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen (oben Anm. Ia), gilt aber auch für alle anderen Geschäfte (oben Anm. Ib). Nicht im Inhalt des Geschäfts ist eine Grenze für die Betriebszugehörigkeit zu finden, vielmehr nur in der Absicht (M. 102) des Gewerbetreibenden, daß es — unmittelbar oder mittelbar — den Erfolg einer Gewinnerzielung durch handelsgewerbliche Tätigkeit herbeiführen oder fördern soll.

Nach herrschender Meinung allerdings sind familienrechtliche und erbrechtliche Rechtsgeschäfte niemals Handelsgeschäfte, selbst wenn sie zwecks Ermöglichung oder Beförderung einer Gewinnerzielung durch handelsgewerbliche Tätigkeit abgeschlossen werden (so RG. 18 49 bezüglich Schenkung von Todeswegen und Bolze 18 Nr. 251, LG. Cassel 3 II 91 ZHR. 40 482 bezüglich Auftrag oder Übernahme entgeltlicher Heiratsvermittlung und aller auf die Eheschließung sich beziehender Vereinbarungen); dieser Rechtsprechung dürfte jedoch eine Verwechselung dessen zu grund liegen, was geschehen ist, mit dem, was bei sittlichem Verhalten hätte geschehen sollen (vgl. auch § 362 Anm. IIc 2α).

Als zum Betrieb gehörig sind nicht nur diejenigen Geschäfte, welche einen unmittelbaren Güterumsatz zum Gegenstand haben, sondern auch diejenigen zu betrachten, durch welche die zum Umsatz erforderliche Betriebstätigkeit ermöglicht oder gefördert wird (M. 102, Str. 66 238), insbesondere die Hilfsgeschäfte zur Beschaffung der Geschäftsräume, des Geschäftsinventars und dienstleistender Personen (unten Anm. III 8, 9, 34, 39; vgl. D. 190) und die Geschäfte behufs vorübergehender anderweiter Anlegung der im Betrieb des Hauptgewerbes überflüssigen Betriebsmittel (RGSt. 35 308). Ebenso die Vorbereitungsgeschäfte, d. h. diejenigen Geschäfte, durch welche die erforderlichen Einrichtungen für den künftigen (§ 1 Anm. IIb) Betrieb eines Handelsgewerbes bereitgestellt werden (unten Anm. III 60), wie andererseits auch die nach Einstellung des eigentlichen Betriebs erfolgenden Abwickelungsgeschäfte (unten Anm. III 3). Auch Schenkungen können unter Umständen betriebszugehörig sein (unten Anm. III 48). Betriebszugehörig kann auch das Annehmen einer geschuldeten Leistung sein (P. 546).

Daß dem Vertragsgegner die Betriebszugehörigkeit (so CosackHR. § 9 III 2) oder die Eigenschaft des Abschließenden als Kaufmann (so Staub Anm. 20) erkennbar sei, ist nicht als erforderlich anzuerkennen (RG. 9 50); dem Vertragsgegner kann es nach dem jetzigen Recht nie (außer nach herrschender Meinung in Ansehung der Laufrechnungsvorschriften; dagegen § 355 Anm. I) schädlich werden, wenn das Geschäft für den anderen Teil Handelsgeschäft ist, und letzterer kann sich nicht darüber beklagen, wenn ein Geschäft,

das er als betriebszugehöriges wollte, als solches behandelt wird. Die allgemeine Nichterkennbarkeit eines auf fortgesetzten Betrieb gerichteten Willens kann jedoch nach herrschender Meinung zur Verneinung des Vorliegens eines Gewerbes führen (§ 1 Anm. II a 3); liegt aber kein Gewerbe vor, so ist das einzelne Geschäft kein Handelsgeschäft (oben Anm. II c 1).

Den Gegensatz zu den betriebszugehörigen Geschäften bilden diejenigen, welche nach Absicht des Vornehmenden anderen Zwecken, als dem einer Gewinnerzielung durch handelsgewerbliche Tätigkeit dienen sollen; so namentlich die für die Zwecke des eigenen Haushalts (M. 102), der Geselligkeit, öffentlicher Angelegenheiten vorgenommenen. Kein Handelsgeschäft liegt daher z. B. in einer Vereinbarung über Vergütung für die einem Kaufmann in seinem Haushalt geleisteten Dienste und Erstattung der dabei gemachten Auslagen (RG. 4 VII 01 JW. 576 [14]). Auch nicht in der von einem Bankier lediglich aus Gefälligkeit für einen Freund erfolgten Übernahme der Herbeiführung des Austauschs konvertierter Wertpapiere des letzteren (ROH. 9 428). — Im einzelnen Fall ist hier die Grenze nicht immer leicht zu ziehen; geselliger Verkehr und Tätigkeit in öffentlichen Angelegenheiten erfolgen, wie in allen Ständen, so auch beim Kaufmann, oft nicht ihrer selbst willen, sondern als Mittel zur Erreichung eines Sondervorteils, geselliger Verkehr z. B. zwecks Erleichterung der Anknüpfung einer Geschäftsverbindung und glatter Abwickelung von Geschäften, eine Tätigkeit in öffentlichen Angelegenheiten z. B. zwecks Reklame oder zwecks Fernhaltung hindernder Eingriffe eines parteiischen Polizeibeamten oder zwecks Geneigtmachung eines parteiischen Staatsbeamten zur Übertragung von Lieferungen, Überweisung von Inseraten usw. Wo diese Sonderzwecke wesentlich mitbestimmend sind, wird wohl auch ein etwa mit Bezug hierauf abgeschlossenes Rechtsgeschäft als Handelsgeschäft zu erachten sein.

Soll ein Rechtsgeschäft teils dem Betriebszweck, teils den Zwecken des Haushalts, der Geselligkeit oder des öffentlichen Wohles dienen, so gehört es auch zum Betrieb des Handelsgewerbes, ist mithin Handelsgeschäft (ebenso im Ergebnis Staub Anm. 16; abweichend Lehmann Nr. 12, der das Überwiegende entscheiden lassen will), da § 343 Abs. 1 den Begriff nicht dahin bestimmt, daß das einzelne Geschäft nur zum Betrieb des Handelsgewerbes gehören müsse. So z. B. wenn Kohlen für die Fabrik und den von ihr getrennten Hausstand des Kaufmanns zusammen angeschafft werden. Anders wird nur dann zu entscheiden sein, wenn derjenige Teil des Rechtsgeschäfts, der Beziehung zum Betrieb hat, ein ganz verschwindender ist. So z. B., wenn der Kaufmann für seine Familie ein Mädchen für alles anstellt, die nebenbei morgens auch den Laden zu kehren hat. Eine Spaltung des Rechtsgeschäfts in der Weise, daß es teilweise als Handelsgeschäft, teilweise als Nichthandelsgeschäft angesehen wird, ist nicht angängig, selbst wenn im Einzelfall der Gegenstand des Rechtsgeschäfts teilbar ist.

III. **Beispiele.** Vgl. auch die Zusammenstellung bei Behrend § 28 S. 133.

1. Abrechnung zwischen Kaufleuten über das Ergebnis ihrer für gemeinschaftliche Rechnung gemachten Handelsgeschäfte (ROH. 7 58), jedoch nur für denjenigen, der zur Zeit der Abrechnung noch Kaufmann ist (Staub Anm. 27 gegen ROH. 7 58; vgl. Vorbereitungsgeschäfte).
2. Abtretung kann Handelsgeschäft sein (ROH. **15** 145, RG. **10** 200).
3. Abwickelungsgeschäfte. Handelsgeschäfte sind auch „die mit einem Handelsgeschäfte in Zusammenhang stehenden und dazu gehörigen präparatorischen oder nachfolgenden Rechtsgeschäfte“ (P. 1359). Vgl. Abrechnung, Auseinandersetzung, Vorbereitungsgeschäfte.
4. Agenturvertrag. Die Übernahme einer Agentur für eine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit seitens eines Kaufmanns ist im Zweifel für ihn Handelsgeschäft (ROH. **23** 148).
5. Akzeptierung eines Wechsels (Str. **53** 267, 57·300).
6. Anerkennung eines früheren Rechtsgeschäfts kann Handelsgeschäft sein (ROH. **17** 369).
7. Annahme eines zum Vorteil des Handelsgewerbes erfolgten Forderungserlasses oder einer sonstigen derartigen Schenkung (Bolze **19** Nr. 320) ist Handelsgeschäft. Ebenso Annahme eines Anerkenntnisses bezüglich einer Forderung des Kaufmanns aus einem betriebszuge-

hörigen Geschäft (vgl. Bolze 7 Nr. 366) oder einer Abtretung, durch welche das Betriebskapital vergrößert wird (Bolze 13 Nr. 259), im Zweifel auch die Annahme der Wahl als Aufsichtsratsmitglied seitens eines Kaufmanns (RG. 19 123, RG. 9 VII 04 JW. 496 [26]). Auch die Annahme eines Schenkungsversprechens, z. B. der Zusicherung des Schuldners, daß er eine Wechselschuld, trotzdem ihm früher ein Teil erlassen, dennoch voll zahlen werde (ROH. 6 185) oder der Anerkennung einer bereits verjährten Forderung (Bolze 4 Nr. 463).

8. Anschaffung „von Geräten, Material und anderen beweglichen Sachen, welche bei dem Betriebe des Gewerbes unmittelbar benutzt oder verbraucht werden sollen" (Art. 273 Abs. 2 ADH., D. 190, ROH. 11 388). So z. B. Anschaffung der Verpflegung für die bei Zurichtung von Waren beschäftigten Arbeiter (vgl. Steg. 3 283), ebenso die Anschaffung von Gegenständen zur Einrichtung oder Ausschmückung eines Gasthauses, eines Wein- oder Bierschanks (ROH. 10 244, wo dies nach früherem Recht auf Sachen beschränkt, die beweglich bleiben sollen).
9. Anstellung der für den Betrieb des Handelsgewerbes erforderlichen Personen ist Handelsgeschäft, und zwar nicht nur der Handlungsgehilfen (Str. 74 206, ROH. 6 197, 11 57), insbesondere Reisenden (Str. 66 238), der Handlungslehrlinge (Str. 70 264, ROH. 14 19) und Agenten (s. Agenturvertrag), sondern auch die seitens eines Kaufmanns erfolgte Anstellung des Fachpersonals für seinen Fabrikbetrieb (Str. 63 365, ROH. 11 388, Bolze 19 Nr. 317). Über Anstellung für künftigen Gewerbebetrieb s. Vorbereitungsgeschäft.
10. Antrag eines Kaufmanns zur Abschließung eines Vertrags ist im Zweifel Handelsgeschäft (P. 4561, RG. 26 59).
11. Auftrag kann Handelsgeschäft sein (P. 4561); so z. B. wenn das von dem Beauftragten vorzunehmende (Str. 53 268, ROH. 7 59) oder zu vermittelnde (ROH. 12 368) Geschäft Handelsgeschäft ist.
12. Auseinandersetzung zwischen früheren Gesellschaftern ist Handelsgeschäft (vgl. ROH. 12 368, Bolze 5 Nr. 424) für denjenigen, der bei Auseinandersetzung noch Kaufmann ist (vgl. Abrechnung).
13. Auskunfterteilung durch einen Kaufmann ist eine zu dessen Gewerbebetrieb gehörige Rechtshandlung (RG. 20 194).
14. Ausstellung eines Wechsels oder anderer Orderpapiere kann Handelsgeschäft sein (RG. 9 49); s. auch Akzeptierung.
15. Begebungsvertrag kann Handelsgeschäft sein (RG. 9 49).
16. Beherbergung. Die auf die Beherbergung bezüglichen Geschäfte sind im Zweifel Handelsgeschäfte, wenn sie von einem Kaufmann (z. B. einem Speisewirt) abgeschlossen werden (ROH. 22 329).
17. Beitrittserklärung. Das Zeichnen von Aktien ist im Zweifel Handelsgeschäft des Zeichners, wenn dieser Kaufmann ist (Steg. 3 56). Auf Seite des Zeichners ist es dagegen kein Handelsgeschäft, wenn der Zeichner nicht Kaufmann ist (RG. 4 311).
18. Bevollmächtigung vgl. Vollmachtserteilung.
19. Bürgschaft. Vgl. § 349 Anm. IIb.
20. Darlehnsversprechen und Darlehn können Handelsgeschäfte sein. Auch wenn das Darlehn unverzinslich ist (ROH. 19 354). Handelsgeschäft ist z. B. das von einem Bankier oder einem anderen Kaufmann in seinem Geschäftsbetrieb gegebene Versprechen der Gewährung eines Darlehns gegen Hypothek (ROH. 1 217, 7 226) oder erfolgte Diskontierung (ROH. 3 434). Ebenso das Aufnehmen eines Darlehns durch einen Kaufmann zum Betrieb seines Gewerbes (ROH. 3 367, 14 285) und die Hingabe eines Darlehns zwecks Anlegung zeitweilig entbehrlicher Betriebsmittel (Bolze 22 Nr. 253).
21. Dienstvertrag s. Anstellung. Auf Seite des Angestellten kann der Dienstvertrag Handelsgeschäft sein, wenn der Angestellte zugleich Kaufmann ist (ROH. 6 197).
22. Differenzspiel s. Spiel.
23. Empfehlung s. Auskunfterteilung.
24. Erlaß kann Handelsgeschäft sein (OTr. 77 298, ROH. 16 352, Bolze 19 Nr. 320, RG. 3 VI 02 JW. 398 [32]). So ein Erlaß des durch Hypothek gesicherten Restkaufgelds seitens

des Käufers des Grundstücks, der Kaufmann ist (Bolze 15 Nr. 215), ein Erlaß der Vertragsstrafe, die verwirkt ist durch eine Verletzung eines im Handelsgewerbe geschlossenen Vertrags (ROH. 13 19, RG. 29 12), der schenkungsweise erfolgende Erlaß einer Darlehnsforderung an den eigenen Prokuristen (Bolze 12 Nr. 270), der Erlaß eines Teils der aus einem Handelsgeschäft herrührenden Forderung seitens eines Kaufmanns an den zahlungsunfähig gewordenen Schuldner gegen Anerkennung des Restes (RG. 6 230).

25. Erwerb eines Geschäfts vgl. Vorbereitungsgeschäfte.
26. Genehmigung eines abgeschlossenen Handelsgeschäfts kann Handelsgeschäft sein (vgl. Bolze 5 Nr. 428).
27. Gesellschaftsvertrag. Betreibt einer der Vertragschließenden zur Zeit des Vertragschlusses bereits ein Handelsgewerbe, so ist für ihn Handelsgeschäft der Abschluß eines Vertrags über eine Gesellschaft, deren Zweck mit dem Betrieb zusammenhängt. So nicht nur bei Eingehung einer Handelsgesellschaft, sondern auch bei Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften (ROH. 10 428) oder zu einer sonstigen Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts (Bolze 5 Nr. 726). Ist zur Zeit des Abschlusses kein Vertragschließender Kaufmann, so ist der auf demnächstiges Betreiben eines Handelsgewerbes gerichtete Gesellschaftsvertrag nicht Handelsgeschäft (ebenso Staub Anm. 42; dagegen Behrend § 28 S. 133 und wohl auch Bolze 5 Nr. 424; vgl. Vorbereitungsgeschäfte). Vgl. auch Gründung.
28. Grundstücksgeschäfte können Handelsgeschäfte sein (§ 1 Anm. IV e).
29. Gründung einer Aktiengesellschaft. Die mit der Gründung zusammenhängenden Geschäfte, insbesondere die Feststellung der Satzung und die Beschaffung des Grundkapitals durch Zeichnungen Dritter oder eigene Zeichnung, sind, wenn von einem Kaufmann vorgenommen, im Zweifel Handelsgeschäfte (ROH. 20 198; vgl. RG. 9 34). Vgl. auch Gesellschaftsvertrag.
30. Heiratsvermittlung. Für kein Handelsgeschäft erachtet das Reichsgericht (Bolze 18 Nr. 251) das von einem Kaufmann zwecks Heiratsvermittlung gegebene Provisionsversprechen. Das LG. Cassel 3 II 91 (ZHR. 40 482) erachtet für kein Handelsgeschäft die Heiratsvermittlung, selbst wenn gewerbsmäßig betrieben. Indessen wird zutreffender sein, anzunehmen, daß die Heiratsvermittlung, wenn von einem Kaufmann betrieben, im Zweifel zu dessen Betrieb gehört, da sie nur zwecks Gewinnerzielung vorgenommen wird. Anders bei Vermittlung aus Gefälligkeit oder aus verwandtschaftlichen Rücksichten. Auch das von einem Kaufmann zwecks Heiratsvermittlung gegebene Provisionsversprechen wird im Zweifel als Handelsgeschäft zu erachten sein, da in Fällen, in denen überhaupt Provision versprochen wird, der Hauptzweck des Versprechenden nicht sowohl die Schaffung verwandtschaftlicher Beziehungen als vielmehr die Erlangung des gewünschten Betriebskapitals zu sein pflegt.
31. Hinterlegung von Aktien durch einen Kaufmann, um hierdurch die Bedingung für Antritt des Amts als Aufsichtsratsmitglied zu erfüllen, ist im Zweifel Handelsgeschäft (RG. 19 123).
32. Hypothekenbestellung. Die Annahme einer Hypothekenbestellung durch einen Kaufmann gegen ein von diesem im Gewerbebetrieb gewährtes Darlehn ist Handelsgeschäft (ROH. 3 434).
33. Indossament eines Wechsels oder anderen Orderpapiers kann Handelsgeschäft sein (RG. 9 49).
34. Kauf von Möbeln und Feuerung für den Geschäftsraum seitens des Kaufmanns ist Handelsgeschäft (vgl. Anschaffung; dagegen P. 544, 546, Str. 72 28). Ebenso im Zweifel der Kauf von Spekulationspapieren durch einen Kaufmann (ROH. 8 47). Auch die in Erwartung des Zustandekommens eines Kaufs erfolgende Zusendung und Annahme von Waren durch Kaufleute in ihrem Gewerbebetrieb (ROH. 10 236). Kauf eines Handelsunternehmens vgl. Vorbereitungsgeschäfte.
35. Kreditgewährung. Handelsgeschäft ist der Vertrag, durch welchen ein Bankier sich zu einer Einräumung oder Verlängerung eines Kredits von bestimmter Höhe verpflichtet (ROH. 5 110); s. Darlehn.
36. Leibrentenvertrag kann Handelsgeschäft sein (RG. 28 315; vgl. auch ROH. 11 149).

37. Leihe kann trotz Unentgeltlichkeit Handelsgesellschaft sein (ROH. 19 353); s. Unentgeltliche Zuwendung.
38. Lotteriespiel vgl. Spiel.
39. Miete von Geschäftsräumen s. Grundstücksgeschäfte, Vorbereitungsgeschäft.
40. Novation s. Umschaffung.
41. Schenkung s. Unentgeltliche Zuwendung.
42. Schiedsvertrag kann Handelsgeschäft sein (ROH. 23 260, vgl. 17 249).
43. Schuldanerkenntnis kann Handelsgeschäft sein (RG. 6 229); s. Anerkennung.
44. Schuldversprechen kann Handelsgeschäft sein (OTr. 77 297).
45. Spielvertrag kann Handelsgeschäft sein (RG. 30 191, 38 240), insbesondere auch ein Differenzvertrag (RG. 56 198, RG. 9 VII 04 JW. 496[26]); die Unklagbarkeit steht dem nicht entgegen (ROH. 14 275).
46. Tausch (vgl. Str. 72 26); es gilt das Gleiche wie bei Kauf.
47. Umschaffung (Novation) des Verpflichtungsverhältnisses kann Handelsgeschäft sein (Bolze 8 Nr. 310).
48. Unentgeltliche Zuwendung. Die Entgeltlichkeit ist nicht untrennbar mit dem Wesen der Handelsgeschäfte verbunden; selbst reine Freigebigkeiten, wie unentgeltliche Leihe, Verwahrung, Zahlungsversprechen für eine durch außergerichtlichen Vergleich mit den Gläubigern oder im Konkurs durch Zwangsvergleich erloschene Forderung, können ausnahmsweise Handelsgeschäft sein; umsomehr Schenkungen, die zur Belohnung für geleistete Dienste im Handelsgewerbe oder zur Erreichung eines mit dem Handelsgewerbe in Zusammenhang stehenden geschäftlichen Zwecks gemacht werden (ROH. 16 185, 19 354, RG. 6 228, 26 20, Bolze 6 Nr. 458, 8 Nr. 311, RG. 4 VII 01 JW. 576[14], 3 VI 02 JW. 398[32]). So z. B. Zusage einer Pension an einen abgehenden Beamten (Bolze 14 Nr. 256), unentgeltlicher Umtausch von Wertpapieren durch den Kommissionär bei laufender Geschäftsverbindung (RG. 33 109). Als Handelsgeschäft wurde erachtet die seitens der Ehefrau zu gunsten ihres Ehemanns, der als Prokurist ihr Handelsgewerbe betrieb, erfolgte Zusicherung eines Gewinnanteils (Bolze 23 Nr. 306). Auch eine Schenkung von Todes wegen und ein Vermächtnis können Handelsgeschäfte sein, da die Möglichkeit einer Zugehörigkeit zum Gewerbebetrieb nicht notwendig stets ausgeschlossen ist (dagegen RG. 18 49; zweifelnd Rudorff zu § 343). Vgl. Erlaß, Annahme.
49. Ungewöhnliches Geschäft. Die Ungewöhnlichkeit des Geschäfts, sei es für das betreffende Handelsgewerbe (oben Anm. II c 3), sei es für den Handelsverkehr überhaupt, steht der Eigenschaft als Handelsgeschäft nicht entgegen (RG. 23 V 89 Gruchots Beitr. 33 1044).
50. Veräußerung des ganzen Handelsgeschäfts ist noch zum Betrieb des Veräußerers gehörig (RG. 20 VI 99 JW. 494[32], OLG. Stuttgart 21 XI 05 OLGRspr. 11 406; vgl. ROH. 11 150; dagegen OLG. Hamburg 1 XII 02 OLGRspr. 6 119). Das Gegenteil jedoch ist anzunehmen bei Auslegung des § 49 (§ 49 Anm. II a).
51. Verbotenes Geschäft. Daß ein Vertrag gegen ein Verbotsgesetz verstößt, schließt ihn nicht notwendig aus dem Bereich der Betriebszugehörigkeit aus (RG. 23 V 89 Gruchots Beitr. 33 1045).
52. Vereinserrichtung vgl. Gründung.
53. Verkauf vgl. Veräußerung.
54. Verpfändung kann Handelsgeschäft sein (RG. 10 200).
55. Versicherungsvertrag kann Handelsgeschäft sein. So z. B. ein Feuerversicherungsvertrag hinsichtlich der Geschäftsgebäude, Maschinen oder Vorräte (ROH. 5 18), unter Umständen auch eine Rentenversicherung (RG. 28 315), möglicherweise selbst auf Seite des Versicherten. Auch eine Gegenseitigkeitsversicherung, wenn von einem Kaufmann eingegangen, kann Handelsgeschäft sein (ROH. 4 201, RG. 12 25). Kein Handelsgeschäft ist in der Regel ein Versicherungsvertrag, durch den ein Kaufmann das Leben seiner Ehefrau versichert (RG. 14 237) oder sonst zu ihren Gunsten eine Kapitalversicherung eingeht. Anders jedoch, wenn z. B. die Versicherung aufgenommen wird, um einem Geschäftsgläubiger

die daraus erwachsenden Ansprüche gegen die Versicherungsgesellschaft zu verpfänden (Staub § 344 Anm. 3), oder wenn das Einkaufen erfolgt als Gegenleistung für eine durch einen Dritten bewirkte Forderungsabtretung an den Kaufmann, deren Ertrag diesem zur Vergrößerung seines Betriebskapitals dienen soll (vgl. Bolze 13 Nr. 259).

56. Verwahrung kann Handelsgeschäft sein (ROH. 10 236, 243).
57. Verzicht vgl. Erlaß.
58. Vollmachtserteilung kann Handelsgeschäft sein (OTr. 77 298; vgl. Str. 64 294, 70 66). So z. B. die Bevollmächtigung zum Abschluß von Handelsgeschäften (P. 1359, Steg. 3 283, Bolze 5 Nr. 428). Die Vollmacht zur Verwaltung eines Landguts ist Handelsgeschäft, wenn ohne Vornahme von Handelsgeschäften (vgl. § 3 Abs. 2) eine ordnungsmäßige Verwaltung und Bewirtschaftung nicht stattfinden kann (Bolze 5 Nr. 429).
59. Vorbehalt kann Handelsgeschäft sein.
60. Vorbereitungsgeschäft. Das mit einem Handelsgeschäft in Zusammenhang stehende vorbereitende Geschäft eines Kaufmanns ist gleichfalls betriebszugehörig und mithin Handelsgeschäft (Düringer-Hachenburg Anm. II 3; beschränkend Lehmann Nr. 10), z. B. ein solches Frachtgeschäft (P. 546) oder eine solche Vollmachtserteilung (P. 1359). Dies ist in der Rechtsprechung ausgedehnt worden auf Vorbereitungsgeschäfte für einen erst künftig zu beginnenden Gewerbebetrieb. So auf Abschluß des Dienstvertrags mit einem Werkführer für eine Fabrik, wenngleich der Gewerbebetrieb noch nicht begonnen hat (Bolze 19 Nr. 317), auf einen Vertrag über Geldbeschaffung zum Bau eines Hotels gegen Zusicherung späterer Bierentnahme vom Geldgeber (OLG. Hamm 3 X 03 OLGRspr. 7 386), auf Eintritt in eine bestehende Handelsgesellschaft (Bolze 5 Nr. 424), auf Erwerb eines bisher von einem anderen betriebenen Unternehmens (ROH. 15 102, OLG. Stuttgart 21 XI 05 OLGRspr. 11 406; vgl. ROH. 11 150), insbesondere auch auf einen Vertrag, durch welchen der persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft das von dieser betriebene Handelsgeschäft zwecks Fortführung in eigenem Namen erwirbt (ROH. 12 368). — Eine Ausdehnung, welche von dem Vorhandensein der Kaufmannseigenschaft bei Abschluß des Geschäfts absähe, würde allerdings in Widerspruch zur Begriffsbestimmung treten. Die Kaufmannseigenschaft beginnt aber bei Gewerben, welche Handelsgrundgeschäfte zum Gegenstand haben (§ 1), erst mit dem Beginn des Gewerbebetriebs, in den übrigen Fällen (§§ 2, 3 Abs. 2) erst mit der Eintragung. Bezüglich der Fälle des § 1 führt daher die Frage, ob ein Vorbereitungsgeschäft Handelsgeschäft ist, auf die andere Frage zurück, ob in dem betreffenden Geschäft bereits ein Beginn des Gewerbebetriebs liegt; hierüber vgl. § 1 Anm. II b. — Das RG. 4 311 erachtete für kein Handelsgeschäft der im Entstehen begriffenen KAG. die Entgegennahme einer Zeichnung auf deren künftige „Aktien“. Vgl. auch Gesellschaftsvertrag.
61. Wette s. Spiel.
62. Zahlung, die im Betrieb des Handelsgewerbes geleistet bezw. empfangen, ist Handelsgeschäft für den Leistenden bezw. für den Empfänger (ROH. 23 144, 24 12).
63. Zeichnung von Aktien vgl. Beitrittserklärung, Gründung.
64. Zustimmung des Ehemanns zu Rechtsgeschäften der Ehefrau kann Handelsgeschäft sein (vgl. ROH. 2 97).

IV. **Verhältnis des neuen zum früheren Recht.** Das ADH. unterschied drei Gattungen von Handelsgeschäften: die sogenannten objektiven Handelsgeschäfte, d. h. Geschäfte, welche Handelsgeschäfte sind, auch wenn sie nicht gewerbsmäßig betrieben werden (Art. 271), ferner die subjektiven Handelsgeschäfte des Art. 272 Abs. 1, welche nur bei gewerbsmäßigem Betrieb als Handelsgeschäfte gelten — beide zusammen die Grundgeschäfte des Handels darstellend, deren gewerbsmäßiger Betrieb die Eigenschaft als Kaufmann begründet —, endlich eine weitere Art subjektiver Handelsgeschäfte, nämlich nach Art. 273 und Art. 272 Abs. 2 die einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören oder im Betrieb seines Handelsgewerbes gemacht werden, sogenannte akzessorische Handelsgeschäfte (D. 188). Das HGB. kennt nicht mehr objektive, sondern nur noch subjektive Handelsgeschäfte. Die Einteilung der subjektiven Handelsgeschäfte in gewerbsmäßig betriebene und akzessorische ist nicht beibehalten; die Eigenschaft des einzelnen Geschäfts als Handelsgeschäft beruht vielmehr stets

nur auf seiner Zugehörigkeit zu einem Handelsgewerbe, ohne daß es darauf ankommt, ob diese Art von Geschäften gewerbsmäßig betrieben wird. Mittelbar nur, für die Frage, ob überhaupt ein Handelsgewerbe vorliegt, kann nach §§ 1 ff. erheblich sein, auf welche Art von Geschäften der Gewerbebetrieb gewöhnlich gerichtet ist.

§ 344.

Vermutungen für Betriebszugehörigkeit.

Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.

Die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegentheil ergiebt.

ADH. Art. 274. **Entw. I** § 316. **Entw. II** § 335.

I. Tragweite des § 344.

a. Rechtsregel, nicht Willensauslegung. Sowohl die widerlegbare Vermutung des Abs. 1 wie die unwiderlegbare Vermutung des Abs. 2 sollen dazu dienen, die Einreihung bekannter (oder mangels genauerer Parteianführungen als vollständig bekannt vorausgesetzter) Tatbestände unter einen rechtlichen Begriff (den der „Handelsgeschäfte") zu erleichtern (vgl. ROH. 18 227), nicht etwa dazu, einen nur lückenhaft bekannten Tatbestand durch vermutungsweise Ausfüllung der Lücken zu ergänzen. Der § 344 enthält hiernach keine Auslegungsregel (Wolff ZHR. 47 253). Er soll demjenigen, der — sei es nachträglich („vorgenommenen", „gezeichneten"; Anm. II a 2, III a 2), sei es vorausschauend — die rechtlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts beurteilt, diese Beurteilung erleichtern, er soll nicht etwa die bei Vornahme des Rechtsgeschäfts Beteiligten gegen die Folgen einer Nichtbeachtung (Abs. 1) oder Nichterklärung (Abs. 2) von Tatsachen sicherstellen. Der § 344 bestimmt nur darüber, welche Rechtsgeschäfte Handelsgeschäfte sind oder diesen kraft unwiderlegbarer Vermutung gleichstehen, die Bejahung der Zugehörigkeit wirkt daher zu gunsten und ungunsten aller die es angeht (Staub Anm. 6), mithin nicht minder gegenüber einem Gesellschafter des Handelnden als gegenüber einem Dritten (dahingestellt ROH. 18 119). Eine hiervon verschiedene Frage aber ist (abweichend P. 4561, Staub aaO.), ob jemand ein von ihm vorgenommenes Rechtsgeschäft, trotzdem es weder Handelsgeschäft ist noch einem solchen gemäß § 344 Abs. 2 gleichsteht, dennoch im Verhältnis zu seinem Geschäftsgegner so gelten zu lassen hat, als wäre es ein Handelsgeschäft. Wird z. B. durch einen Kaufmann zwecks Beschaffung einer Mitgift für seine Tochter ein Darlehn aufgenommen unter der Vorspiegelung, daß er das Geld zur Ausführung eines gewinnversprechenden Warenankaufs in seinem Gewerbebetrieb brauche, so findet § 344 hierauf nicht Anwendung; das Geschäft ist, da es zweifellos nicht zum Gewerbebetrieb gehört, nicht Handelsgeschäft; dennoch kann unter Umständen auf Grund eines anderen Rechtsgrunds, z. B. der unwahren Kundgebung (vgl. § 123 Anm. IV b), der Vorspiegelnde im Verhältnis zum Vertragsgegner die gleichen Folgen gegen sich gelten lassen müssen, welche eingetreten wären, wenn das Kundgegebene wahr gewesen wäre.

b. Sind die Vermutungen des § 344 auch außerhalb des § 343 für Feststellung der Betriebszugehörigkeit anwendbar? Für Betriebszugehörigkeit sind die Vermutungen des § 344 aufgestellt. Die Betriebszugehörigkeit ist aber nicht nur für den Begriff der Handelsgeschäfte (und mithin z. B. für die Zuständigkeit der Handelskammer, GVG. § 101 Nr. 1), sondern auch in mehreren anderen Beziehungen erheblich. So z. B. für die Länge der Verjährungs-

frist (BGB. § 196 Nr. 1; so bezüglich des § 344 Abs. 1: ROH. 12 233, 14 256, RG. 5 274, Lehmann Nr. 1, Düringer-Hachenburg Anm. III, Goldmann Nr. 8), für die Bestimmung des Leistungsorts (BGB. § 269 Abs. 2, Lehmann Nr. 6), für den Umfang der Haftung des Geschäftsübernehmers (HGB. § 25, RG. 59 216, Wolff ZHR. 47 255 ff., Bolte ZHR. 51 440, OLG. Stuttgart 21 XI 05 OLGRspr. 11 406). Verschieden von der Frage, ob ein Geschäft zu einem Betrieb gehört, ist aber die Frage, ob der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ein einzelnes Rechtsgeschäft „mit sich bringt"; bei ersterer wird gefragt: „was ist geschehen?", bei letzterer: „was durfte geschehen?" Der § 344 kann daher nicht herangezogen werden, wo in Frage steht, was ein Erwerbsgeschäft „mit sich bringt", z. B. also bei Anwendung des BGB. § 1405 Abs. 1 (dagegen Planck[3] § 1405 Anm. 4, Staub Anm. 7) und des HGB. §§ 49 Abs. 1, 54 Abs. 1, 116 Abs. 1, 362 Abs. 1.

II. **Widerlegbare Vermutung für Betriebszugehörigkeit (§ 344 Abs. 1).**

a. **Von Kaufmann vorgenommen.**

1. Kaufmann. Vgl. § 1 Anm. IV, § 343 Anm. IIb. Auch § 344 findet auf Minderkaufleute Anwendung (RG. 12 XII 93 ZHR. 46 467, 22 XI 00 JW. 875[13]).
2. Vorgenommen. Auf dem Wort „vorgenommenen" liegt kein Ton. Wie in § 343 Abs. 1, so ist auch in § 344 das „Rechtsgeschäft" und nicht „das Vornehmen des Rechtsgeschäfts" als betriebszugehörig bezeichnet. „Die vorgenommenen" steht hier nur statt „die geschehenen"; ersteres ist gewählt, weil der letztere unpersönliche Ausdruck in diesem Zusammenhang sprachwidrig wäre. „Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte" ist daher gleichbedeutend mit „die in der Vergangenheit liegenden Geschäfte eines Kaufmanns".

b. **Rechtsgeschäfte.** Vgl. § 343 Anm. IIa. Das Wort „Rechtsgeschäfte" ist an die Stelle des zu engen Worts „Verträge" in Art. 274 Abs. 1 ADH. gesetzt (D. 191). Auch einseitige Willenserklärungen fallen hierunter (ROH. 2 44).

c. **Gelten im Zweifel.** Durch diese Worte wird in Abs. 1 eine widerlegbare Vermutung aufgestellt im Gegensatz zu der unwiderlegbaren Vermutung des Abs. 2, die durch das Wort „gelten" gekennzeichnet wird. Die Vermutung des § 344 Abs. 1 greift daher nicht ein, wenn nach den Umständen zweifellos ist, daß das Rechtsgeschäft nicht zum Betrieb des Handelsgeschäfts gehört (ROH. 4 50, 14 50, 20 402, RG. 28 315, RG. 15 II 02 JW. 188[28]). In allen anderen Fällen greift sie zwar ein (Str. 67 43, 74 221), ist aber entkräftbar durch Gegenbeweis (RG. 26 20). Der Zweifel wird nicht beseitigt und der Gegenbeweis nicht geführt durch Darlegung von Umständen, welche die Nichtzugehörigkeit zum Betrieb nur möglich machen. Vielmehr soll die Möglichkeit als Wirklichkeit gelten, wenn die Wirklichkeit zweifelhaft ist (RG. 23 V 89 GruchotsBeitr. 33 1044). Über die Fälle, in denen die Zugehörigkeit möglich ist, vgl. § 343 Anm. IIc 3, III. So genügt insbesondere nicht der Gegenbeweis, daß der Gewerbebetrieb gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichtet ist (Bolze 15 Nr. 215, 216, RG. 21 IV 00 JW. 444[19], 9 VII 04 JW. 496[26], § 343 Anm. IIc 3), bei Hingabe eines Darlehns z. B. nicht der Nachweis, daß der Darleiher in der Regel nicht Geldgeschäfte betreibe (Bolze 22 Nr. 253). Die Möglichkeit einer Betriebszugehörigkeit ist an sich auch nicht ausgeschlossen und mithin die Vermutung des § 344 Abs. 1 an sich eingreifend bei Bürgschaften einer Handelsfrau für ihren Ehemann (§ 349 Anm. IIb).

d. **Zum Betrieb gehörig.** Vgl. § 343 Anm. IIc 2, III.

e. **Seines Handelsgewerbes**, d. h. des in seinem Namen betriebenen (§ 343 Anm. IIc 2). Daraus, daß § 344 Abs. 1 (entsprechend auch Abs. 2) den Inhalt der Vermutung dahin bestimmt, die vorgenommenen Rechtsgeschäfte seien zum Handelsgewerbebetrieb des Vornehmenden (d. h. zu dem in dessen Namen erfolgenden Betrieb) gehörig, geht hervor, daß § 344 sich nur auf diejenigen Rechtsgeschäfte beziehen kann, die der Kaufmann in eigenem Namen vornimmt. Aus § 344 kann daher nichts für die Entscheidung der hiervon verschiedenen Frage entnommen werden, ob ein einzelnes Rechtsgeschäft von dem Vornehmenden in eigenem oder in fremdem Namen vorgenommen ist. So z. B. nichts für die Frage, ob ein von dem vertretungsermächtigten Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft vorgenommenes Rechtsgeschäft in dessen eigenem Namen oder im Namen der Ge-

sellschaft vorgenommen ist (ROH. 13 288, 16 380, 18 227, RG. 10 II 93 JW. 203[29]); hierfür ist vielmehr BGB. § 164 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 maßgebend (§ 125 Anm. Ib). Nur wenn feststeht, daß das Rechtsgeschäft namens der Gesellschaft abgeschlossen ist, greift (gemäß § 6 Abs. 1) die Vermutung des § 344 Abs. 1 dahin ein, daß es im Zweifel als zum Betrieb der Gesellschaft gehörig gilt (ROH. 16 380). Steht dagegen fest, daß das Geschäft vom Gesellschafter in eigenem Namen abgeschlossen ist, so kann die Anwendbarkeit des § 344 nur in Frage kommen, wenn überhaupt ein im eigenen Namen des Gesellschafters (und nicht nur ein im Namen der Gesellschaft) betriebenes Handelsgewerbe vorhanden ist (§ 343 Anm. IIc 2). Der § 344 wurde daher z. B. für nicht anwendbar erachtet bei einem Ankauf von Pferden durch einen Gesellschafter unter seinem Privatnamen, um sie nebenher zu Geschäftsreisen zu benutzen (Bolze 21 Nr. 295); ebenso nicht bei Unterschreiben eines Schuldscheins mit Privatnamen ohne Beziehung des zu grund liegenden Darlehnsvertrags zu dem Handelsgewerbe der Gesellschaft (ROH. 14 284). — Da nur erheblich, ob der, in dessen Namen gehandelt wird, Kaufmann ist, so findet § 344 Anwendung z. B. auf die Rechtsgeschäfte, die der Vormund namens des Minderjährigen vornimmt, in dessen Namen ein Handelsgewerbe betrieben wird (ROH. 4 35). — Werden mehrere Handelsgewerbe im Namen derselben Personen betrieben (z. B. mehrere offene Handelsgesellschaften derselben Gesellschafter an verschiedenen Orten, § 17 Anm. IIIc 3), so ist aus § 344 nichts darüber zu entnehmen, zu welchem der mehreren Betriebe ein einzelnes Geschäft oder ein einzelner Schuldschein gehört (Wolff ZHR. 47 251).

III. **Unwiderlegbare Vermutung für Betriebszugehörigkeit (§ 344 Abs. 2).**

a. **Von Kaufmann gezeichnet.**

1. Kaufmann. Vgl. oben Anm. IIa 1. Entscheidend ist die Zeit der Ausstellung; nicht notwendig muß zur Zeit der Begründung der Schuld die Kaufmannseigenschaft vorhanden sein (Wolff ZHR. 47 249; vgl. § 353 Anm. Ib 1).
2. Gezeichnete Schuldscheine. Das Wort „gezeichneten" entspricht dem „vorgenommenen" in Abs. 1; ebenso wie letzteres hat es keine selbständige Bedeutung, steht vielmehr nur aus sprachlichen Gründen an der Stelle des Hilfszeitworts der Vergangenheit (oben Anm. IIa 2). „Gezeichnet" steht daher nicht im strengen Sinn eigenen Unterschreibens; statt „die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine" könnte es ohne Änderung des Inhalts heißen „die Schuldscheine eines Kaufmanns". Der § 344 Abs. 2 ist daher anwendbar auch, wenn der Schuldschein nicht eigenhändig, sondern im Weg mechanischer Vervielfältigung unterzeichnet ist (BGB. § 793 Abs. 2, Staub Anm. 8, Düringer-Hachenburg Anm. III, vgl. Behrend § 29 Anm. 16; dagegen Goldmann Nr. 10). Ebenso, wenn er von einem Vertreter gezeichnet ist (ROH. 4 35). Aber auch, wenn er gar nicht unterzeichnet ist, z. B. wenn der von dem Kaufmann herrührende Schein nur lautet: „Ich, A. B., schulde dem C. D. 100 Mk." Der § 344 Abs. 2 enthält kein „Vorschreiben schriftlicher Form", die §§ 126, 127 BGB. können daher nicht zu seiner Ergänzung herangezogen werden (dagegen Wolff ZHR. 47 249, Staub Anm. 8).

b. **Schuldschein.** Gemeint sind nicht nur diejenigen Arten von Schuldscheinen, für welche die Schriftlichkeit Erfordernis der Gültigkeit ist, sondern jede Art von Schriftstücken, die bestimmt sind, gegenüber anderen eine Schuld zu beurkunden. Gleichgültig ist (so Wolff ZHR. 47 248; vgl. BGB. § 371), ob die Urkunde ein Wertpapier ist oder nicht, ob eine begründende oder eine Beweisurkunde (ebenso Behrend § 29 Anm. 15, Staub Anm. 9, Lehmann Nr. 7; dagegen Hahn Art. 274 Anm. 5, Endemann Handelsrecht[4] § 118 Anm. 8), ob sie einen Schuldgrund nennt oder nicht (ROH. 12 111, RG. 4 VII 01 JW. 576[14]), ob sie über eine schon fällige oder über eine befristete oder bedingte Schuld, über eine Haupt- oder eine Ergänzungsschuld lautet, ob sie nur über eine Schuld oder zugleich, sei es über eine gegenüberstehende Forderung (Gegenteil vorausgesetzt in BGB. § 952; dagegen auch CosackHR. § 9 III 2), sei es über Einräumung eines anderen als eines Forderungsrechts (z. B. eines Pfandrechts) lautet (ROH. 14 211, Lehmann Nr. 7). Hiernach sind auch Wechsel Schuldscheine (ROH. 4 35, 53, RG. 2 XII 03 JW. 04 100[29]), ebenso auch kaufmännische Verpflichtungsscheine (ROH. 7 209; vgl. § 363 Anm. IIIa 3) und Verfügungspapiere; andererseits auch

Verpflichtungsscheine, die nicht an Order lauten (ROH. **8** 431, **14** 287), Aktienzeichnungsscheine (Steg. **3** 56) und Bürgschaftsscheine (ROH. **20** 402, RG. 30 XI 05 JW. **06** 87 [7]; ob stets, vgl. nachstehend). Der § 344 ist anwendbar auch auf Schuldscheine, die über klaglose Verbindlichkeiten ausgestellt sind (RG. 2 XII 03 JW. **04** 100 [29]). — Die Begriffe „Schuldschein" und „Schuldverschreibung" sind als gleichbedeutend zu erachten; zu vergleichen sind daher auch diejenigen Entscheidungen, in denen der Begriff der „Schuldverschreibung" näher bestimmt wird (RG. **18** 133, **34** 139, **44** 221, 229, **45** 233, 291, **48** 351). — Nicht erforderlich ist insbesondere, daß zur Zeit der Ausstellung der Urkunde die durch sie verbriefte Schuld bereits als unbedingte entstanden ist (RG. **45** 234, Wolff ZHR. **47** 248 Anm. 6, Behrend § 29 Anm. 15; nicht anders ROH. **20** 402). Doch wurde wegen Unbestimmtheit des Umfangs der übernommenen Verpflichtung für keinen Schuldschein erachtet eine schriftliche Erklärung, daß der Aussteller für alle künftigen Verpflichtungen eines anderen gegenüber einem bestimmten Dritten aufkommen wolle (ROH. **20** 402; dagegen Behrend aaO., Staub Anm. 10). — Dem Schuldschein nicht gleichgestellt sind Quittungen (vgl. BGB. § 371).

c. **Gelten.** Dies Wort kennzeichnet — im Gegensatz zu Abs. 1 (oben Anm. IIc) — eine unwiderlegbare Vermutung (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. I, die in Abs. 2 nur eine gewöhnliche Vermutung mit Beschränkung des Gegenbeweises sehen). Doch besteht diese Regel der Unwiderlegbarkeit nur für diejenigen von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine, bei denen sich nicht aus der Urkunde das Gegenteil ergibt; bezüglich der Frage dagegen, ob aus der Urkunde das Gegenteil sich ergibt, gelten die gewöhnlichen Regeln der Beweislast (unten Anm. IIIf 1). Ergibt sich aber aus der Urkunde nicht das Gegenteil, so ist die Schuldscheinausstellung als Handelsgeschäft anzusehen, ohne daß ein Gegenbeweis zulässig ist. Doch sind zwei Einschränkungen zu machen:

1. Wie — auch abgesehen von den Fällen des § 344 — unter Umständen der Kaufmann im Verhältnis zu seinem Vertragsgegner kraft besonderen Rechtsgrunds ein von ihm abgeschlossenes Nichthandelsgeschäft so gelten lassen muß, als wäre es ein Handelsgeschäft (oben Anm. I), so kann umgekehrt unter Umständen der Kaufmann auch kraft besonderen Rechtsgrunds beanspruchen, daß der Gegner eine nach § 344 Abs. 2 als Handelsgeschäft geltende Schuldscheinausstellung dennoch als Nichthandelsgeschäft gelten läßt. Solch besonderer Rechtsgrund liegt namentlich in der bei Erwerb vorhandenen Kenntnis desjenigen, der aus dem Schuldschein Rechte erwirbt, davon, daß die Ausstellung des betreffenden Schuldscheins in Wahrheit in keinem Zusammenhang mit dem Handelsgewerbe steht (BGB. §§ 157, 242; im Ergebnis ebenso Wolff ZHR. **47** 251, Lehmann Nr. 12, Düringer-Hachenburg Anm. IV, Staub Anm. 14 gegen Förtsch Art. 274 Anm. 10).
2. Ferner steht nichts entgegen, daß die Parteien vereinbaren, ein Schuldschein, der an sich unter die Vermutung des § 344 Abs. 2 falle, solle dennoch nicht als betriebszugehörig angesehen werden. Wird dies aber zugegeben, so muß die Vermutung ausschließbar sein durch das Zugeständnis des aus dem Schuldschein Berechtigten, daß der Schuldschein nicht betriebszugehörig sei (ROH. **14** 286, RG. 4 VII 01 JW. 576 [14]; dagegen Lehmann Nr. 9).

d. **Im Betrieb** gezeichnet. Diese Worte entsprechen dem „im Betrieb geschlossen" in § 343 Abs. 2. Beide Ausdrücke bezeichnen nur Sonderfälle des „zum Betrieb Gehören" (§ 343 Anm. Ia). Der § 344 Abs. 2 nicht anders als Abs. 1 enthält daher einen Hinweis auf die Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe, mithin (§ 343 Abs. 1) auf die Eigenschaft der Schuldscheinausstellung als Handelsgeschäft. „Gezeichnet" vgl. oben Anm. IIIa 2.

e. **Seines Handelsgewerbes.** Vgl. oben Anm. IIe.

f. **Sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergibt.**

1. Beweislast. Zweifelhaft kann sein, ob — mit Rücksicht darauf, daß die Urkunde etwas Einheitliches — auch dies Merkmal des Tatbestands von der Partei, die sich auf die Urkunde beruft, darzutun ist (so Wolff ZHR. **47** 253 Anm. 16), oder ob vielmehr durch jene Worte nur ein (auf Ermittelung des Wortlauts der Urkunde beschränkter) Gegenbeweis zugelassen werden soll. Der letzteren Ansicht ist der Vorzug zu geben; hierfür spricht die Fassung, insbesondere die Stellung des „nicht", und eine Vergleichung mit BGB. § 792

Abs. 2. Der Wolffschen Ansicht würde etwa die Fassung entsprochen haben: „Der von einem Kaufmann gezeichnete Schuldschein, aus dem das Gegenteil sich nicht ergibt, gilt . . .". Ist derjenige Gegenbeweis, der allein zugelassen ist, nicht angetreten oder nicht erbracht, so besteht nunmehr die unwiderlegbare Vermutung für Betriebszugehörigkeit des Schuldscheins (oben Anm. III c).

2. Art der Führung des Gegenbeweises. Nur die aus der Beschaffenheit (nicht notwendig allein dem Wortlaut) der Urkunde sich ergebenden Anhaltspunkte sind geeignet, die Vermutung des § 344 Abs. 2 auszuschließen. Dies trifft zu, wenn die Urkunde den Zweck des Geschäfts erkennen läßt und hieraus sich ergibt, daß das Geschäft offenbar nicht betriebszugehörig ist (ROH. 2 429; vgl. jedoch RG. 56 197), so z. B. wenn Bestellung einer Mitgift oder Aufnahme eines Darlehns zu einer Vergnügungsreise als Schuldgrund genannt ist (Wolff ZHR. 47 249). Andererseits wird die Vermutung des § 344 Abs. 2 nicht schon dadurch entkräftet, daß die Schuld, wegen deren nachträglich der Schuldschein gezeichnet wurde, ursprünglich aus einem nicht betriebszugehörigen Geschäft entstanden ist, denn in solchem Fall besteht die Möglichkeit, daß der Zeichnende jene Schuld auf sein Handelsgeschäft übernehmen wollte (RG. 56 197).

3. Unterzeichnung mit Privatnamen. Daß nicht die Firma, sondern der Privatname gebraucht worden, ergibt für sich allein nicht notwendig das Gegenteil der Betriebszugehörigkeit (so herrschende Meinung; dagegen Wolff ZHR. 47 250). In der Nürnberger Konferenz wurde der Antrag, die Fassung dahin zu ändern: „Die von einem Kaufmann unter seiner Firma gezeichneten Schuldscheine gelten usw." abgelehnt (P. 1298). Das Zeichnen des Schuldscheins mit dem von der Firma verschiedenen Namen eines Einzelkaufmanns schließt daher für sich allein das Vorliegen eines Handelsgeschäfts nicht unbedingt aus (ROH. 2 430, 3 367, 9 174, 14 12, Steg. 3 57, RG. 59 214, RG. 30 XI 05 JW. 06 88 [7]); doch kann jener Umstand in Verbindung mit andern geeignet sein, die Vermutung des § 344 Abs. 2 zu entkräften (vgl. ROH. 14 286). Zeichnet dagegen ein Gesellschafter einen Schuldschein mit seinem von der Firma verschiedenen Privatnamen, so ist auf die Zugehörigkeit dieses Schuldscheins zum Handelsgewerbe der Gesellschaft die Vermutung des § 344 Abs. 2 nicht anwendbar (oben Anm. II e; dahingestellt ROH. 14 211; dagegen ROH. 14 286), außer wenn (so anscheinend im Fall Bolze 4 Nr. 466) anderweit feststeht, daß trotz Gebrauchs des Privatnamens die Zeichnung namens der Gesellschaft erfolgt ist. Darauf, daß letzteres beabsichtigt, deutet z. B. das Unterschreiben eines Schuldscheins durch sämtliche Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, wenngleich mit ihren bürgerlichen Namen (RG. 15 XI 92 JW. 93 24 [42]).

4. Mehrere Gewerbebetriebe desselben Kaufmanns. Aus § 344 Abs. 2 kann nichts dafür abgeleitet werden, zu welchem der mehreren Gewerbebetriebe ein gezeichneter Schuldschein gehört (vgl. RG. 59 216). Werden die mehreren Gewerbebetriebe unter verschiedenen Firmen betrieben, und zeichnet der Kaufmann einen Schuldschein unter einer dieser Firmen, so ist zwar zunächst anzunehmen, daß dies Zeichnen in demjenigen Gewerbebetrieb erfolgt ist, der unter der gezeichneten Firma geschieht; doch ist diese Annahme auch in anderer Weise als aus der Urkunde widerlegbar (Wolff ZHR. 47 250, Lehmann Nr. 10). Wer sich darauf stützen will, daß der Zeichner des Schuldscheins Inhaber von mehreren Gewerbebetrieben gewesen sei, muß dies behaupten und beweisen (RG. 59 216).

§ 345.

Einseitige Handelsgeschäfte.

Auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Theile ein Handelsgeschäft ist, kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Theile gleichmäßig zur Anwendung, soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein Anderes ergiebt.

ADH. Art. 277. **Entw. I** § 317. **Entw. II** § 336.

I. **Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Teile Handelsgeschäft ist.** Rechtsgeschäft vgl. § 343 Anm. II a. Unter § 345 fallen nicht nur die Fälle des § 343, sondern auch diejenigen

des § 344, also auch diejenigen Rechtsgeschäfte, welche gemäß § 344 für einen der beiden Teile als Handelsgeschäfte gelten (RG. 4 310). Daß die Eigenschaft eines Rechtsgeschäfts als Handelsgeschäft immer nur in bezug auf die Person des einzelnen Beteiligten festzustellen, daß mithin dasselbe Rechtsgeschäft für einzelne Beteiligte Handelsgeschäft, für andere Beteiligte Nichthandelsgeschäft sein kann, folgt bereits aus der Begriffsbestimmung des § 343 Abs. 1 (§ 343 Anm. IIb).

II. **Die Vorschriften über Handelsgeschäfte kommen für beide Teile gleichmäßig zur Anwendung.** Diese Regel war im ADH. von Erheblichkeit namentlich mit Rücksicht auf die dort im Gegensatz zum damaligen bürgerlichen Recht einzelner Landesteile aufgenommene Regel der Formfreiheit der Handelsgeschäfte. Künftig hat sie jedoch in der Hauptsache nur noch für die Vorschriften des zweiten bis siebenten Abschnitts über einzelne Arten von Handelsgeschäften Bedeutung (D. 191). Bezüglich der Vorschriften des Abschnitt 1 vgl. unten Anm. III. Daß innerhalb des Reichstags die Meinungen über die Tragweite des § 345 weit auseinandergingen, ergibt KB. 100ff. — Die Worte: „Die Vorschriften über Handelsgeschäfte" sind aufgenommen an Stelle der in Art. 277 ADH. enthaltenen Worte: „die Bestimmungen dieses vierten Buchs" (jetzt Buch III). Durch diesen Wechsel der Fassung sollte aber wohl das Anwendungsgebiet nicht ausgedehnt, vielmehr die gegenüber der früheren Fassung zu machende Einschränkung klargestellt werden. Daher wird anzunehmen sein, daß § 345 sich ausschließlich auf die im Buch III HGB. enthaltenen Vorschriften bezieht (ebenso Lehmann Nr. 3; vgl. ROH. 15 390, 20 400). Jedoch wird § 345 entsprechend zur Anwendung zu bringen sein auf landesgesetzliche, zwecks Ergänzung des Buch III HGB. erlassene Bestimmungen, so z. B. auf die Vorschrift des Pr. AGHGB. Art. 5 über die Formfreiheit der Versicherungsverträge. — Dadurch, daß die Vorschriften über Handelsgeschäfte auch für die zweite Partei zur Anwendung kommen, wird dennoch für diese das Geschäft nicht Handelsgeschäft (P. 1267).

III. **Soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein Anderes ergibt.** Ein solches Anderes ergibt sich bezüglich der Mehrzahl der Vorschriften des Abschnitt 1, welche nicht ausdrücklich ein beiderseitiges Handelsgeschäft (§§ 352 Abs. 1, 353, 368, 369—72) voraussetzen. Denn beschränkt auf denjenigen, auf dessen Seite ein Handelsgeschäft vorliegt, sind die Vorschriften in §§ 343, 347—351, 354 (abweichend Staub Anm. 7); in KB. 100 ist allerdings vorausgesetzt, daß auch auf diese Vorschriften § 345 dahin zur Anwendung komme, daß derjenige, für welchen Nichthandelsgeschäft vorliegt, sich darauf berufen könne, daß der andere Teil die Pflichten erfülle, die ihn treffen, weil für ihn Handelsgeschäft vorhanden; dies beruht indessen nicht auf § 345. Es verbleiben daher aus Abschnitt 1 für die Anwendung des § 345 nur die §§ 344, 355—57, 358—61, 362, 366 (abweichend Düringer-Hachenburg Anm. II, Lehmann Nr. 4); von diesen ist nur bezüglich der §§ 358—61 die Anwendbarkeit auf beide Teile nicht ohnedies selbstverständlich. — Überhaupt nicht notwendig auf Handelsgeschäfte beschränkt sind §§ 346, 352 Abs. 2, 355—357, 362 Abs. 1 Satz 2, 363—65, 367 (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. III); auch bezüglich dieser Vorschriften ist selbstverständlich, daß sie — soweit überhaupt — auf beide Teile anwendbar sind, gleichgültig, ob im Einzelfall ein Handelsgeschäft vorliegt oder nicht.

§ 346.

Handelsgewohnheiten und -gebräuche.

Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

ADH. Art. 279. **Entw. I** § 318. **Entw. II** § 337.

I. Rechtsgeschäft zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann.

a. Die maßgebenden Gesetzesvorschriften.

Auf ein Rechtsgeschäft zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann kommt nicht § 346 zur Anwendung („unter Kaufleuten"; unten Anm. IIb 1), vielmehr sind anwendbar — ebenso wie auf ein Rechtsgeschäft zwischen Nichtkaufleuten — lediglich die hier einschlagenden Vorschriften des BGB.:

§ 133. „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften."

§ 157. „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

§ 242. „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

Die Voraussetzungen des § 133 und der §§ 157, 242 decken sich zum Teil: beide sind anwendbar, wenn eine Erklärung zwar vorhanden ist, aber ihr Inhalt zu Zweifeln Anlaß gibt. In diesem Fall soll die Auslegung sowohl berücksichtigen den Willen des Erklärenden (§ 133), wie auch dasjenige, was er hätte erklären müssen, wenn seine Erklärung den Grundsätzen von Treu und Glauben (mit Rücksicht auf die Verkehrssitte) hätte entsprechen sollen (§§ 157, 242); beide Auslegungen können im Einzelfall zu verschiedenen Ergebnissen führen; welche der beiden in einem solchen Fall die maßgebende ist, hat das BGB. nicht entschieden, muß vielmehr aus allgemeinen Gesichtspunkten abgeleitet werden. Hiernach hat jede Vertragspartei sich derjenigen Auslegung ihrer Erklärungen zu fügen, die der Verkehrssitte entspricht (RG. 20 X 03 JW. 421[8], RG. 54 182), es sei denn, daß beide Parteien übereinstimmend die Erklärung anders ausgelegt haben (abweichend RG. 42 147).

Die §§ 157, 242 sind aber anwendbar auch außerhalb des Anwendungsgebiets des § 133, nämlich wenn bezüglich des betreffenden Punkts überhaupt keine Erklärung vorliegt.

Außer in §§ 133, 157, 242 BGB. ist auch an zahlreichen anderen Stellen des BGB. mit Bezug auf bestimmte einzelne Verhältnisse die Einhaltung von Treu und Glauben für maßgebend erklärt (vgl. z. B. BGB. §§ 320 Abs. 2, 162, 815); an diesen Stellen fehlt jedoch eine Bezugnahme auf die Verkehrssitte, da es sich hier nicht um die Feststellung des Inhalts einer im Verkehr sich oft wiederholenden Vertragsart handelt, sondern um die Berücksichtigung besonderer Verhältnisse des einzelnen Falls, die aus Gründen der Billigkeit zur Ausschließung der strengen Rechtsregel führen sollen (Hachenburg Vorträge[2] 10).

b. Rücksichtnahme auf Handelsgewohnheiten und -gebräuche bei Anwendung der §§ 133, 157, 242 BGB. Auch die Anwendung der §§ 133, 157, 242 BGB. kann unter Umständen dahin führen, daß in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist. So bei Anwendung des § 133, wenn der wirkliche Wille des erklärenden Kaufmanns erforscht werden soll. So auch bei Anwendung der §§ 157, 242, wenn für die im Einzelfall in Betracht kommende Art des Verkehrs von Kaufleuten mit Nichtkaufleuten eine Verkehrssitte besteht. — Gerade in letzterer Beziehung ist aber im Einzelfall große Vorsicht geboten, um nicht eine Verkehrssitte, die nur unter Kaufleuten gilt, ohne weiteres auch auf das Verhältnis eines Kaufmanns zu einem Nichtkaufmann zu übertragen. In dieser Hinsicht führte das ADH. zu großer Benachteiligung des Nichtkaufmanns, und dies sollte durch die in § 346 aufgenommene Beschränkung „unter Kaufleuten" für die Zukunft verhindert werden. Würde man aber nicht streng sein bei Stellung der Anforderungen für die Ermittelung

einer Verkehrssitte für den Verkehr von Kaufleuten mit Nichtkaufleuten, so würden auf diesem Weg die früheren Mißbräuche, die der Gesetzgeber ausschließen wollte, wieder eingeführt werden.

c. **Ermittelung einer für Nichtkaufleute maßgebenden Verkehrssitte.**

Unerheblich für die Feststellung einer im Verkehr von Kaufleuten mit Nichtkaufleuten bestehenden Verkehrssitte sind die einseitig von kaufmännischen Verbänden aufgestellten Geschäftsbedingungen; ebenso wie z. B. für die Ermittelung einer Verkehrssitte bei Mietsverträgen die von Verbänden der Grundstückseigentümer einseitig aufgestellten Formulare nicht dienen können.

Unerheblich ist aber ferner auch, ob in einer größeren Zahl von Einzelfällen Nichtkaufleute jene einseitig aufgestellten Geschäftsbedingungen als Vertragsbedingung für ihre Geschäfte mit Kaufleuten ausdrücklich angenommen haben. Denn die Feststellung der Verkehrssitte kann nur notwendig werden für Fälle, in denen eine solche ausdrückliche Unterwerfung nicht stattgefunden hat; diese Fälle stehen aber jenen anderen Fällen, in denen sie stattgefunden hat, nicht gleich, von letzteren ist mithin kein Rückschluß auf erstere zulässig. Anders wäre nur zu entscheiden, wenn die ausdrückliche Unterwerfung unter einseitig aufgestellte Geschäftsbedingungen eine Anerkennung einer im freien (geschäftsbedingungslosen) Verkehr bestehenden Verkehrssitte enthielte. Dies ist indessen keineswegs immer der Fall, vielmehr hat die ausdrückliche Unterwerfung meistens darin ihren Grund, daß der Verband, der die Geschäftsbedingungen in seinem einseitigen Interesse aufgestellt hat, sich in größerem oder geringerem Umfang einen tatsächlichen Alleinhandel für den Abschluß derartiger Geschäfte gesichert hat, auf den anderen Teil also einen wirtschaftlichen Zwang ausübt. Das so in vielen Einzelfällen Erzwungene wird aber dadurch noch nicht zur Verkehrssitte (vgl. RG. 20 117), der sich dann von Gesetzes wegen auch derjenige unterwerfen müßte, dem es geglückt ist, von einer durch privaten Zwang herbeigeführten ausdrücklichen Unterwerfung sich frei zu halten.

Die Annahme einer Verkehrssitte für den Verkehr von Kaufleuten mit Nichtkaufleuten wird daher gegenüber letzteren nur auf den Nachweis gestützt werden können, daß in zahlreichen Fällen Nichtkaufleute, ohne sich einer entsprechenden Vertragsbedingung ausdrücklich unterworfen zu haben, sie dennoch beobachtet haben. Von einer „Sitte" wird ferner nur gesprochen werden können, wenn nicht nur eine dahingehende Anschauung der an dem betreffenden Verkehr Beteiligten besteht, vielmehr auch eine dahingehende tatsächliche Übung sich ausgebildet hat (RG. 31 118), und wenn diese Übung so weit verbreitet ist, daß es für jeden ohne allzugroße Schwierigkeit möglich ist, durch Rückfrage bei Personen, die ähnliche Rechtsgeschäfte abzuschließen pflegen, Kenntnis von jener Sitte zu erhalten, so daß (KB. 102) auf Grund dieser Kenntnis sowohl der Nichtkaufmann das Verhalten des ihm gegenüberstehenden Kaufmanns richtig würdigen wie auch sein eigenes Verhalten in seiner Tragweite zuverlässig beurteilen kann. Liegt aber jene Möglichkeit vor, ist also eine Verkehrssitte als bestehend anzunehmen, so ist sie auch gegenüber demjenigen zur Anwendung zu bringen, der im Einzelfall sie nicht kannte (Staub Anm. 9, Düringer-Hachenburg Anm. II 1c, IIIa, LG. I Berlin 24 IV 01 KGBl. 99; dagegen ROH. 6 78, 22 146); denn, daß er sie kennen mußte (was RG. 18 XI 02 JW. 03 10[22] für entscheidend erachtet), folgt bereits aus dem Begriff der Verkehrssitte. Doch kann eine Einrede darauf gegründet werden, daß der andere das Nichtkennen erkannt und ausgenutzt habe (Düringer-Hachenburg Anm. IVb).

Für den Begriff der Verkehrssitte ist es ohne Bedeutung, ob die Bildung der betreffenden Sitte durch bestimmte Rechtsvorschriften veranlaßt ist, so daß, wer der Sitte folgt, mehr als ein anderer vor Schaden bewahrt wird (RG. 55 377).

d. **Abweichung einer Verkehrssitte von Treu und Glauben oder vom Gesetz.**

1. Treu und Glauben. Nicht kann darüber hinaus eine über das Durchschnittsmaß hinausgehende vornehme Handlungsweise, nicht sogenannte Kulanz, verlangt werden (RG. 55 373). Zumal dann kann der Vertragsgegner keine Rücksicht oder Nachsicht erwarten, wenn durch sein früheres Verschulden bereits der Geschäftsverkehr aufgehört hat, ein fried-

licher zu sein und gespannte Beziehungen eingetreten sind (RG. 6 III 06 JW. 300[3]). Ob ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt, ist keine reine Tatfrage, sondern zugleich auch Rechtsfrage und insoweit in der Revisionsinstanz nachzuprüfen (RG. 13 VI 06 JW. 457[9]).

2. Widerstreit von Treu und Glauben mit Verkehrssitte. Treu und Glauben ist der maßgebende Gesichtspunkt nach BGB. §§ 157, 242. Auf die Verkehrssitte ist nur insoweit Rücksicht zu nehmen, als sie zur Ermittelung dessen dient, was Treu und Glauben entspricht. Besteht daher kein Zweifel, daß eine Handlung gegen Treu und Glauben verstößt, so braucht der Vertragsgegner sie sich nicht gefallen zu lassen, selbst wenn sie einer Verkehrssitte entspricht (RG. 48 125, Hachenburg Vorträge[2] 27, Düringer-Hachenburg Anm. IV; vgl. RG. 5 XI 00 JW. 857[13]). Schreibt z. B. eine Bank ihren Kunden, deren Wertpapiere sie verwaltet, den Erlös der Zinsscheine erst zum Vierteljahrsersten gut, trotzdem sie dieselben tatsächlich schon früher einlöst, so würde der Kunde nicht verpflichtet sein, diesen Verstoß gegen Treu und Glauben zu dulden, selbst wenn sich eine dahingehende Verkehrssitte gebildet haben sollte.

3. Widerstreit von Verkehrssitte und Gesetz. Nicht beachtlich ist eine gegen zwingendes Recht verstoßende Verkehrssitte (D. 4), da das Gesetz, wenn es nicht einmal zuläßt, daß das Gegenteil seiner Bestimmung bedungen wird, um so weniger zulassen kann, daß jenes Gegenteil, auch ohne bedungen zu sein, kraft Verkehrssitte erzwungen wird (ROH. 16 125). Besteht z. B. eine Verkehrssitte bei Banken, daß sie unter Nichtachtung des § 401 HGB. ihren Kunden den Tageskurs berechnen, auch wenn im Einzelfall ein günstigerer Preis zu erzielen gewesen wäre, so kann sich die Bank auf eine solche Verkehrssitte doch nicht berufen. Weicht dagegen eine nicht gegen Treu und Glauben verstoßende Verkehrssitte von einer nichtzwingenden, aber ausdrücklichen Gesetzesbestimmung ab, so geht sie dem Gesetz vor (12. Aufl. 3 2 Anm. III zu EGHGB. Art. 2, Staub Anm. 10, Lehmann Nr. 5, Danz in IheringsJ. 38 463; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II 1 b); nur ist in solchem Fall besonders streng zu prüfen, ob in der Tat Treu und Glauben verlangen, daß die Verkehrssitte und nicht vielmehr das Gesetz zu grund gelegt werde. Zu dem zwingenden Recht gehören auch die Formvorschriften; ihnen gegenüber versagt daher die Berufung auf Treu und Glauben (RG. 52 5).

e. **Benutzung von Vertragsformularen.** Wird unter Benutzung eines herkömmlichen Formulars vertraggeschlossen, so ist im Zweifel der nähere Vertragsinhalt, soweit er nicht durch den Wortlaut klargestellt wird, aus den allgemeinen Gedanken abzuleiten, die der gewählten Geschäftsart zu grund liegen (RG. 40 52).

II. **Rechtsgeschäft zwischen Kaufmann und Kaufmann.**

a. **Die maßgebenden Gesetzesvorschriften** sind auch für diesen Fall die §§ 133, 157, 242 BGB. (vgl. daher oben Anm. I), jedoch hier in Verbindung mit § 346 HGB.

1. Das Verhältnis des § 346 HGB. zum § 133 BGB. ergibt sich dahin: die Gewohnheiten und Gebräuche im Handelsverkehr können unter Umständen ein Mittel zur Erforschung des wirklichen Willens des Kaufmanns sein, der durch Handeln oder Unterlassen eine Willenserklärung abgibt. Während § 133 BGB. angibt, was erforscht werden soll, bezeichnet § 346 HGB. ein Mittel zu jener Erforschung für den Sonderfall eines Rechtsgeschäfts unter Kaufleuten.

2. Das Verhältnis des § 346 HGB. zu §§ 157, 242 BGB. könnte abzuhängen scheinen einerseits davon, ob man in der Verkehrssitte der §§ 157, 242 BGB. ein Gewohnheitsrecht sieht, andererseits davon, ob man den § 346 HGB. nur auf diejenigen Gewohnheiten und Gebräuche beziehen will, die nicht Gewohnheitsrecht sind. Nach herrschender Meinung ist die Verkehrssitte nicht Gewohnheitsrecht (so z. B. Düringer-Hachenburg Anm. II, Lehmann Nr. 4, vgl. RG. 49 161; beides unterscheidet auch Staub Allg. Einl. Anm. 20; vgl. unten Anm. II b 4, 12. Aufl. 3 2) und bezieht sich § 346 HGB. gleichfalls nur auf diejenigen Gewohnheiten und Gebräuche, die nicht Gewohnheitsrecht sind (unten Anm. II b 4). Indessen kommt es auf beide Fragen hier nicht an, da man jedenfalls wird annehmen müssen, daß, soweit der Fall des HGB. vorliegt, auch die Verkehrssitte — mag man sie

als Gewohnheitsrecht ansehen oder nicht — nur durch Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche feststellbar ist; denn der Handelsgebrauch ist nur eine besondere Art der Verkehrssitte (Riesenfeld Breslauer Handelsgebräuche S. XXXIX). Mag man daher in beiden Fragen die herrschende Meinung zu grund legen oder mag man in beiden Fragen anders entscheiden, nämlich auch in der Verkehrssitte ein Gewohnheitsrecht sehen (so Danz in IheringsJ. 38) und dann den § 346 HGB. auch auf Gewohnheitsrecht beziehen: in beiden Fällen ist kein sachlicher Unterschied erkennbar zwischen dem Inhalt der §§ 157, 242 BGB., wenn man ihn auf den Sonderfall eines Rechtsgeschäfts unter Kaufleuten anwendet, und dem Inhalt des diesen Sonderfall behandelnden § 346 HGB.; der § 346 HGB. hat daher neben jenen allgemeineren Bestimmungen keine andere Bedeutung als die eines Beispiels (Staub Anm. 11); seine Erheblichkeit liegt nicht so sehr in dem was er ausdrücklich bestimmt, als darin, daß er mittelbar durch Erleichterung eines Gegenschlusses dazu dient, klarzustellen, daß die Verkehrssitte nur für diejenige Art des Verkehrs in Betracht kommen kann, für die sie besteht, also eine für den Verkehr nur unter Kaufleuten bestehende Verkehrssitte nicht auch für den Verkehr zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann. — Der Grundsatz, daß auf die für die betreffende Art des Verkehrs bestehenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen, gilt für den gesamten Verkehr der zivilisierten Völker, also auch für solche Geschäfte, die nicht nach deutschem Recht zu beurteilen sind (ROH. 10 306).

b. **Wortlaut des § 346 HGB.**

1. Unter Kaufleuten. Diese Worte sind durch die Reichstagskommission eingefügt; der Antragsteller wollte hierdurch zum Ausdruck gebracht wissen, „es solle auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche nur Rücksicht genommen werden, wenn auf beiden Seiten des Vertrags Kaufleute ständen“ (KB. 103). Dieser Zweck ist durch die Fassung des Gesetzes nicht voll erreicht (vgl. Staub Anm. 1), denn in das Gesetz ist das „nur“ nicht aufgenommen, für den Verkehr mit Nichtkaufleuten ist daher nicht HGB. § 346, vielmehr das BGB. maßgebend, und dessen Bestimmungen führen dazu, dennoch unter Umständen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen (oben Anm. Ib, § 377 Anm. IIa). Eine weitere Einschränkung folgt aus § 345. Nach ihm kommen auf ein Rechtsgeschäft, das für einen Teil Handelsgeschäft ist, für beide Teile die Vorschriften über Handelsgeschäfte zur Anwendung, soweit nicht — wie z. B. bei ausdrücklicher Beschränkung auf „beiderseitiges Handelsgeschäft“ (RG. 49 161) — aus diesen Vorschriften sich ein anderes ergibt. Da aber in einzelnen dieser Vorschriften ausdrücklich auf Handelsgebrauch verwiesen ist (z. B. §§ 359, 380, 393, 394), so ist, wo dies der Fall, der Handelsgebrauch auch gegenüber dem Nichtkaufmann maßgebend (Riesenfeld Breslauer Handelsgebräuche S. XLIII). — Daß ein Handelsgeschäft in Frage steht, ist in § 346 nicht vorausgesetzt (dagegen Lehmann Nr. 2, Düringer-Hachenburg Anm. V); es folgt weder daraus, daß § 346 in Buch III steht, welches die Überschrift „Handelsgeschäfte“ trägt, denn auch andere in Buch III enthaltene Bestimmungen (z. B. § 352 Abs. 2) setzen nicht notwendig Handelsgeschäfte voraus (§ 345 Anm. III); noch folgt es notwendig aus sachlichen Gründen, denn von Kaufleuten kann man erwarten, daß sie an Handelsgebräuche so gewöhnt sind, daß sie diese auch außerhalb ihres Handelsgewerbes nicht außer acht lassen. Vgl. auch § 353, wo „unter Kaufleuten“ und „aus beiderseitigen Handelsgeschäften“ als besondere Merkmale (allerdings unzutreffend, § 353 Anm. Ib 1) nebeneinandergestellt sind. Der § 346 kann daher auch auf Nichthandelsgeschäfte unter Kaufleuten angewendet werden. — Besonders strenge Erfordernisse an Treu und Glauben sind gegenüber denjenigen Kaufleuten (z. B. Kartellen, Kanalunternehmen) zu stellen, die im Besitz tatsächlichen Alleinhandels bezüglich der in Frage stehenden Ware oder sonstigen Leistung sind (RG. 17 VI 04 JW. 453[9], RG. 62 266).
2. Rücksicht zu nehmen ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche. Letztere sind mithin nicht für unbedingt maßgebend erklärt. Der Ausdruck „Rücksicht“ findet sich auch in den §§ 157, 242 BGB., und dort ist zutreffend hervor-

gehoben, daß die Beachtung von Treu und Glauben der maßgebende Gesichtspunkt ist, und daß nur soweit es zur Feststellung dessen, was Treu und Glauben entspricht, dienen kann, auf die Verkehrssitte Rücksicht zu nehmen ist. Etwas anderes ist auch in § 346 HGB. nicht gemeint (vgl. RG. **34** 19). Auch hier sind daher die in Anm. Id hervorgehobenen Einschränkungen zu machen. Insbesondere ist ein gegen zwingendes Recht verstoßender Handelsgebrauch nicht zu beachten (Riesenfeld Breslauer Handelsgebräuche S. XXXII).

3. In Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen. „Bedeutung" zielt auf die Auslegung der in einer Handlung oder Unterlassung enthaltenen Willenserklärung. „Wirkung" zielt auf die rechtlichen Folgen. Auch § 346 ist mithin — wie BGB. §§ 157, 242 (oben Anm. Ia) — anwendbar sowohl wenn der Inhalt, wie auch, wenn die Rechtsfolge einer Willenserklärung zweifelhaft ist. Daher ist nicht ausgeschlossen, den § 346 auch zur Ergänzung eines lückenhaft vorhandenen Willens (dagegen ROH. 11 3, Riesenfeld Breslauer Handelsgebräuche S. XXX) heranzuziehen. Der Handelsgebrauch bietet nicht nur ein Auslegungsmittel zur Erkennung dessen, was mit dem Gesagten gewollt ist und dessen, was gewollt, trotzdem es nicht gesagt ist, sondern er bietet auch einen Anhalt zur Bestimmung der Folgen, die vermutlich vereinbart worden wären, wenn die Parteien an den betreffenden Fall gedacht hätten. — Der § 346 betrifft nur „Handlungen" und „Unterlassungen"; er bestimmt darüber, welche derselben und nach welcher Richtung sie als schlüssige Willenserklärungen angesehen werden sollen (P. 1307). Er ist mithin auch für die Auslegung der beim Vertragsabschluß gebrauchten Ausdrücke zu verwerten (Riesenfeld Breslauer Handelsgebräuche S. XXX; dagegen Str. 75 197, ROH. 7 288), insoweit in dem Gebrauchen des betreffenden Ausdrucks oder dem Nichtgebrauchen eines anderen eine Handlung oder Unterlassung liegt.

4. Auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist Rücksicht zu nehmen. Dies ist einschränkend dahin auszulegen, daß in allen Fällen auf die für alle Arten des Handelsverkehrs gemeinsamen Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist, im übrigen jedoch nur auf diejenigen Gewohnheiten und Gebräuche, welche für die betreffende Art des Handelsverkehrs gelten (P. 1307; vgl. RG. **53** 211). Unter Umständen kann die Notwendigkeit einer ferneren Einschränkung sich auch daraus ergeben, daß für den Verkehr zwischen Kaufleuten, die beide gewohnheitsmäßig Geschäfte der betreffenden Art betreiben, ein anderer Handelsgebrauch besteht als für den Verkehr eines derartige Geschäfte gewohnheitsmäßig betreibenden Kaufmanns mit einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb gewöhnlich auf andersartige Geschäfte gerichtet ist. — Für die Ermittelung eines Handelsgebrauchs gilt das in Anm. Ic über die Ermittelung einer Verkehrssitte Gesagte; nur sind erheblich für den Verkehr unter Kaufleuten verschiedener Geschäftszweige die von einer gemeinsamen kaufmännischen Behörde aufgestellten Geschäftsbedingungen, und für den Verkehr unter Kaufleuten desselben Geschäftszweigs die für diesen Geschäftszweig von einer gemeinsamen Behörde oder von einer Behörde des betreffenden Geschäftszweigs aufgestellten Bedingungen. — Nur gegenüber vertragergänzenden, nicht auch gegenüber zwingenden Vorschriften der Gesetze ist auf einen Handelsgebrauch Rücksicht zu nehmen (D. 4, oben Anm. Id). — Über die Frage, inwieweit Handelsgewohnheitsrecht zu beachten, vgl. 12. Aufl. **3** 1 Anm. II zu EGHGB. Art. 2. Nach D. 4 sind in § 346 „unter Gewohnheiten und Gebräuche ... nicht Sätze des objektiven Rechts, sondern nur die tatsächliche Übung und Verkehrssitte zu verstehen". Entsprechend betonte in der Sitzung der Reichstagskommission der Kommissar des Bundesrats, daß § 346 „gar nicht allgemeine Gewohnheiten und Gebräuche im Auge hätte, die eine dem Handelsgewohnheitsrecht entsprechende allgemeine Bedeutung oder Wirkung beanspruchten, daß es sich vielmehr nur um die tatsächliche Übung und Verkehrssitte handele wie sie ... im Einzelfalle gerade für das Geschäft, welches zwischen ihnen zum Abschluß käme, beobachtet zu werden pflegten" (KB. 103). Eine klare Unterscheidung zwischen Gewohnheitsrecht und Gebrauch ist in diesen Äußerungen nicht erkennbar. Nach Riesenfeld Breslauer Handelsgebräuche S. XXVI ist eine Handelssitte Gewohnheitsrecht, wenn sie in der

als Gewohnheitsrecht ansehen oder nicht — nur durch Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche feststellbar ist; denn der Handelsgebrauch ist nur eine besondere Art der Verkehrssitte (Riesenfeld Breslauer Handelsgebräuche S. XXXIX). Mag man daher in beiden Fragen die herrschende Meinung zu grund legen oder mag man in beiden Fragen anders entscheiden, nämlich auch in der Verkehrssitte ein Gewohnheitsrecht sehen (so Danz in JheringsJ. 38) und dann den § 346 HGB. auch auf Gewohnheitsrecht beziehen: in beiden Fällen ist kein sachlicher Unterschied erkennbar zwischen dem Inhalt der §§ 157, 242 BGB., wenn man ihn auf den Sonderfall eines Rechtsgeschäfts unter Kaufleuten anwendet, und dem Inhalt des diesen Sonderfall behandelnden § 346 HGB.; der § 346 HGB. hat daher neben jenen allgemeineren Bestimmungen keine andere Bedeutung als die eines Beispiels (Staub Anm. 11); seine Erheblichkeit liegt nicht so sehr in dem was er ausdrücklich bestimmt, als darin, daß er mittelbar durch Erleichterung eines Gegenschlusses dazu dient, klarzustellen, daß die Verkehrssitte nur für diejenige Art des Verkehrs in Betracht kommen kann, für die sie besteht, also eine für den Verkehr nur unter Kaufleuten bestehende Verkehrssitte nicht auch für den Verkehr zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann. — Der Grundsatz, daß auf die für die betreffende Art des Verkehrs bestehenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen, gilt für den gesamten Verkehr der zivilisierten Völker, also auch für solche Geschäfte, die nicht nach deutschem Recht zu beurteilen sind (ROH. 10 306).

b. **Wortlaut des § 346 HGB.**

1. Unter Kaufleuten. Diese Worte sind durch die Reichstagskommission eingefügt; der Antragsteller wollte hierdurch zum Ausdruck gebracht wissen, „es solle auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche nur Rücksicht genommen werden, wenn auf beiden Seiten des Vertrags Kaufleute ständen" (KB. 103). Dieser Zweck ist durch die Fassung des Gesetzes nicht voll erreicht (vgl. Staub Anm. 1), denn in das Gesetz ist das „nur" nicht aufgenommen, für den Verkehr mit Nichtkaufleuten ist daher nicht HGB. § 346, vielmehr das BGB. maßgebend, und dessen Bestimmungen führen dazu, dennoch unter Umständen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen (oben Anm. Ib, § 377 Anm. IIa). Eine weitere Einschränkung folgt aus § 345. Nach ihm kommen auf ein Rechtsgeschäft, das für einen Teil Handelsgeschäft ist, für beide Teile die Vorschriften über Handelsgeschäfte zur Anwendung, soweit nicht — wie z. B. bei ausdrücklicher Beschränkung auf „beiderseitiges Handelsgeschäft" (RG. 49 161) — aus diesen Vorschriften sich ein anderes ergibt. Da aber in einzelnen dieser Vorschriften ausdrücklich auf Handelsgebrauch verwiesen ist (z. B. §§ 359, 380, 393, 394), so ist, wo dies der Fall, der Handelsgebrauch auch gegenüber dem Nichtkaufmann maßgebend (Riesenfeld Breslauer Handelsgebräuche S. XLIII). — Daß ein Handelsgeschäft in Frage steht, ist in § 346 nicht vorausgesetzt (dagegen Lehmann Nr. 2, Düringer-Hachenburg Anm. V); es folgt weder daraus, daß § 346 in Buch III steht, welches die Überschrift „Handelsgeschäfte" trägt, denn auch andere in Buch III enthaltene Bestimmungen (z. B. § 352 Abs. 2) setzen nicht notwendig Handelsgeschäfte voraus (§ 345 Anm. III); noch folgt es notwendig aus sachlichen Gründen, denn von Kaufleuten kann man erwarten, daß sie an Handelsgebräuche so gewöhnt sind, daß sie diese auch außerhalb ihres Handelsgewerbes nicht außer acht lassen. Vgl. auch § 353, wo „unter Kaufleuten" und „aus beiderseitigen Handelsgeschäften" als besondere Merkmale (allerdings unzutreffend, § 353 Anm. Ib 1) nebeneinandergestellt sind. Der § 346 kann daher auch auf Nichthandelsgeschäfte unter Kaufleuten angewendet werden. — Besonders strenge Erfordernisse an Treu und Glauben sind gegenüber denjenigen Kaufleuten (z. B. Kartellen, Kanalunternehmen) zu stellen, die im Besitz tatsächlichen Alleinhandels bezüglich der in Frage stehenden Ware oder sonstigen Leistung sind (RG. 17 VI 04 JW. 453[9], RG. 62 266).
2. Rücksicht zu nehmen ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche. Letztere sind mithin nicht für unbedingt maßgebend erklärt. Der Ausdruck „Rücksicht" findet sich auch in den §§ 157, 242 BGB., und dort ist zutreffend hervor-

gehoben, daß die Beachtung von Treu und Glauben der maßgebende Gesichtspunkt ist, und daß nur soweit es zur Feststellung dessen, was Treu und Glauben entspricht, dienen kann, auf die Verkehrssitte Rücksicht zu nehmen ist. Etwas anderes ist auch in § 346 HGB. nicht gemeint (vgl. RG. 34 19). Auch hier sind daher die in Anm. Id hervorgehobenen Einschränkungen zu machen. Insbesondere ist ein gegen zwingendes Recht verstoßender Handelsgebrauch nicht zu beachten (Riesenfeld Breslauer Handelsgebräuche S. XXXII).

3. In Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen. „Bedeutung" zielt auf die Auslegung der in einer Handlung oder Unterlassung enthaltenen Willenserklärung. „Wirkung" zielt auf die rechtlichen Folgen. Auch § 346 ist mithin — wie BGB. §§ 157, 242 (oben Anm. Ia) — anwendbar sowohl wenn der Inhalt, wie auch, wenn die Rechtsfolge einer Willenserklärung zweifelhaft ist. Daher ist nicht ausgeschlossen, den § 346 auch zur Ergänzung eines lückenhaft vorhandenen Willens (dagegen ROH. 11 3, Riesenfeld Breslauer Handelsgebräuche S. XXX) heranzuziehen. Der Handelsgebrauch bietet nicht nur ein Auslegungsmittel zur Erkennung dessen, was mit dem Gesagten gewollt ist und dessen, was gewollt, trotzdem es nicht gesagt ist, sondern er bietet auch einen Anhalt zur Bestimmung der Folgen, die vermutlich vereinbart worden wären, wenn die Parteien an den betreffenden Fall gedacht hätten. — Der § 346 betrifft nur „Handlungen" und „Unterlassungen"; er bestimmt darüber, welche derselben und nach welcher Richtung sie als schlüssige Willenserklärungen angesehen werden sollen (P. 1307). Er ist mithin auch für die Auslegung der beim Vertragsabschluß gebrauchten Ausdrücke zu verwerten (Riesenfeld Breslauer Handelsgebräuche S. XXX; dagegen Str. 75 197, ROH. 7 288), insoweit in dem Gebrauchen des betreffenden Ausdrucks oder dem Nichtgebrauchen eines anderen eine Handlung oder Unterlassung liegt.

4. Auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist Rücksicht zu nehmen. Dies ist einschränkend dahin auszulegen, daß in allen Fällen auf die für alle Arten des Handelsverkehrs gemeinsamen Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist, im übrigen jedoch nur auf diejenigen Gewohnheiten und Gebräuche, welche für die betreffende Art des Handelsverkehrs gelten (P. 1307; vgl. RG. 53 211). Unter Umständen kann die Notwendigkeit einer ferneren Einschränkung sich auch daraus ergeben, daß für den Verkehr zwischen Kaufleuten, die beide gewohnheitsmäßig Geschäfte der betreffenden Art betreiben, ein anderer Handelsgebrauch besteht als für den Verkehr eines derartige Geschäfte gewohnheitsmäßig betreibenden Kaufmanns mit einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb gewöhnlich auf andersartige Geschäfte gerichtet ist. — Für die Ermittelung eines Handelsgebrauchs gilt das in Anm. Ic über die Ermittelung einer Verkehrssitte Gesagte; nur sind erheblich für den Verkehr unter Kaufleuten verschiedener Geschäftszweige die von einer gemeinsamen kaufmännischen Behörde aufgestellten Geschäftsbedingungen, und für den Verkehr unter Kaufleuten desselben Geschäftszweigs die für diesen Geschäftszweig von einer gemeinsamen Behörde oder von einer Behörde des betreffenden Geschäftszweigs aufgestellten Bedingungen. — Nur gegenüber vertragergänzenden, nicht auch gegenüber zwingenden Vorschriften der Gesetze ist auf einen Handelsgebrauch Rücksicht zu nehmen (D. 4, oben Anm. Id). — Über die Frage, inwieweit Handelsgewohnheitsrecht zu beachten, vgl. 12. Aufl. 3 1 Anm. II zu EGHGB. Art. 2. Nach D. 4 sind in § 346 „unter Gewohnheiten und Gebräuche ... nicht Sätze des objektiven Rechts, sondern nur die tatsächliche Übung und Verkehrssitte zu verstehen". Entsprechend betonte in der Sitzung der Reichstagskommission der Kommissar des Bundesrats, daß § 346 „gar nicht allgemeine Gewohnheiten und Gebräuche im Auge hätte, die eine dem Handelsgewohnheitsrecht entsprechende allgemeine Bedeutung oder Wirkung beanspruchten, daß es sich vielmehr nur um die tatsächliche Übung und Verkehrssitte handele wie sie ... im Einzelfalle gerade für das Geschäft, welches zwischen ihnen zum Abschluß käme, beobachtet zu werden pflegten" (KB. 103). Eine klare Unterscheidung zwischen Gewohnheitsrecht und Gebrauch ist in diesen Äußerungen nicht erkennbar. Nach Riesenfeld Breslauer Handelsgebräuche S. XXVI ist eine Handelssitte Gewohnheitsrecht, wenn sie in der

Überzeugung geübt wird, daß so und nicht anders nach bestehendem Recht zu verfahren sei, Handelsgebrauch dagegen, wenn sie nur aus Zweckmäßigkeitsgründen beachtet wird. Über die Frage, in welchen Fällen Börsengebräuche als Verkehrssitte und in welchen Fällen als Gewohnheitsrecht anzusehen sind, vgl. Staub'-Stranz Allg. Einl. Anm. 36, 37.

III. **Einzelne Anwendungsfälle des § 346 HGB.**

a. **Stillschweigen.**

1. Grundsätze. An sich ist nicht ausgeschlossen, daß ein Handelsgebrauch des Inhalts bestehen könnte, daß Stillschweigen Zustimmung bedeutet (ROH. 15 95, 22 131; dagegen Str. 67 330). Doch besteht kein allgemeiner Handelsgebrauch dieses Inhalts (ROH. 1 80, 2 91); die Bestimmung des § 362, daß das Schweigen eines Kaufmanns, dessen Geschäftsbetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, auf einen Antrag über Besorgung solcher Geschäfte als Annahme des Antrags gelte, ist daher nicht entsprechender Anwendung auf alle Mitteilungen im Handelsverkehr fähig (ROH. 1 81). Vielmehr ist Regel, daß bloßes Stillschweigen nicht Einwilligung, sondern Ablehnung bedeutet (ROH. 12 102, 14 430). Eine Verpflichtung, auf Mitteilungen und Anfragen alsbald sich zu erklären, ist nach Handelsgebrauch nur unter besonderen Umständen, namentlich dann anzuerkennen, wenn die Unterlassung der Erklärung als Verletzung von Treu und Glauben erscheinen würde (ROH. 13 46, 17 229, RG. 54 181). Dies ist insbesondere der Fall, wenn die zurückgehaltene Mitteilung geeignet gewesen wäre, die ferneren Schritte der anderen Vertragspartei zu bestimmen (ROH. 14 372, 15 96, RG. 30 62, RG. 30 I 03 JW. 102 [18]), so wenn der Schweigende absichtlich das von ihm bemerkte Mißverständnis des anderen Teils nicht aufklärt, um daraus Vorteil zu ziehen (ROH. 17 228). Die Auslegung des Schweigens als Zustimmung ist in solchem Fall selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn der andere Teil ausdrücklich zur Erklärung aufgefordert hatte (ROH. 14 373). Eine Verletzung von Treu und Glauben liegt aber nur dann vor, wenn der Schweigende die ihm gewordene Erklärung in dem Sinn verstand, welcher nach Treu und Glauben eine Antwort erforderte; nicht auch, wenn er sie — wenngleich schuldhaft — in anderem Sinn verstand (RG. 4 V 94 JW. 318 [22]). — Auch Stillschweigen auf ein Vertragsanerbieten kann unter Umständen als Zustimmung angesehen werden (RG. 30 I 03 JW. 102 [18]).
2. Beispiele, in denen Stillschweigen eines Kaufmanns als Zustimmung gedeutet. Wenn die Verpflichtung übernommen ist, über eine bestimmte Menge hinaus auf Erfordern mehr zu liefern, und der Verpflichtete auf die dann ergehende Aufforderung zur Mehrlieferung schweigt, so liegt hierin die Erklärung seiner Zustimmung zur Lieferung der nachgeforderten Menge (RG. 3 65). Über Schweigen auf Zusendung nicht bestellter Ware vgl. unten zu 5. Wenn der Käufer nach Kenntnis, daß verspätet verschifft ist, nicht alsbald die Erklärung abgibt, daß er vom Vertrage abgehe (RG. 30 62). Erhält der mit einem anderen in Geschäftsverbindung Stehende von jenem anderen die Nachricht, daß er in seinem Auftrag ein Geschäft abgeschlossen habe, so ist die Nichtberichtigung des Irrtums, daß Auftrag erteilt sei, als Genehmigung des Geschäfts zu deuten (ROH. 13 45). Fordert der Geschäftsherr den Agenten auf, eine Reise zu machen, antwortet der Agent zusagend, aber mit dem Zusatz, er betrachte als selbstverständlich, daß ihm neben Provision auch Reisespesen vergütet werden, und schweigt der Geschäftsherr, so gilt sein Schweigen als Zustimmung (ROH. 14 430). Entnimmt die Gegenpartei aus einer Äußerung desjenigen, der durch einen Vertreter abgeschlossen hat, daß er durch letzteren falsch vom Inhalt des Vertrags unterrichtet worden ist und eine längere Frist zu haben glaubt, als in Wahrheit vereinbart, und schweigt er hierzu, so steht sein Schweigen einer Zustimmung zur Erstreckung der Frist gleich (ROH. 17 229). Bejaht jemand die Anfrage eines anderen, ob er zur Lieferung bestimmter Gegenstände bereit sei, und erklärt nun der Anfragende, daß er binnen bestimmter kurzer Frist endgültigen Bescheid geben werde, so gilt der Angefragte, wenn er stillschweigt, als zustimmend zur Erstreckung seiner Bindung auf die bestimmte Frist (ROH. 22 131). — Im Stillschweigen auf Zusendung einer Rechnung mit Ausdruck: „Säcke werden mit 8 Sgr. per Stück berechnet, und müssen, falls nicht binnen 4 Wochen zurückgeliefert, zu dem berechneten Preise bezahlt werden“ und Nichtrücklieferung binnen

der gestellten Frist wurde eine Annahme des Kaufantrags bezüglich der Säcke gefunden, falls keine ausdrückliche gegenteilige Vereinbarung getroffen war (ROH. 1 126; vgl. jedoch über Aufdruck auf Rechnungen unten zu 4). Ebenso im Stillschweigen auf die im Text der Rechnung enthaltene gesonderte Berechnung der Verpackung (ROH. 6 167).

3. Beispiele, in denen Stillschweigen als keine Zustimmung gedeutet. Stillschweigen auf vorzeitige Kündigung eines Gesellschaftsverhältnisses (ROH. 12 102). Stillschweigen auf die vom Käufer, dem statt der versehentlich übersandten nicht gekauften die gekaufte Ware zum Umtausch übersandt ist, abgegebene Erklärung, daß er beide Waren kaufe (RG. 28 321; doch wird dieser Entscheidung nicht zuzustimmen sein, zumal für den entschiedenen Fall, in dem die Ware einen festen Preis hatte, und der Erklärende annehmen durfte, daß der Erklärungsempfänger mit Kauf beider Waren einverstanden sein werde). Ebenso Stillschweigen, wenn außerhalb einer dauernden Geschäftsverbindung der andere behauptet, daß ein Vertrag abgeschlossen sei (ROH. 15 96). So auch unter Umständen, wenn der Verkauflustige zwar einen Preis genannt, sich aber endgültige Entschließung vorbehalten hatte, der Kauflustige jenen Preis annimmt, als läge ein endgültiger Verkaufsantrag vor, und der erstere hierauf nichts entgegnet (RG. 12 III 01 JW. 243).

4. Stillschweigen bei Bestätigung oder nachgesuchter Änderung oder Aufhebung eines geschlossenen Vertrags.

α. Änderungsantrag. Ist ein Vertrag geschlossen, und begehrt eine Vertragspartei eine Abänderung, so liegt hierin ein neuer Antrag; bloßes Stillschweigen der anderen Partei hat daher die Bedeutung einer Ablehnung dieses Antrags. Entschließt sich die Partei, welcher der Antrag gemacht ist, zur Annahme, erklärt dies aber nicht dem Antragenden, so liegt eine wirksame Annahme nur vor, wenn nach der Verkehrssitte die Erklärung nicht zu erwarten war oder der Antragende auf sie verzichtet hatte (BGB. § 151). — Über Fristsetzung für Annahme von Vertragsangeboten vgl. unten zu d.

β. Stillschweigen trotz Nichterfüllung oder Nichtannahme des Vertragsgegners. Im Unterlassen einer sofortigen Erklärung nach Eintritt der Leistungszeit, daß auf Erfüllung bestanden werde, liegt nicht bereits ein Verzicht auf die Erfüllung des Vertrags (RG. 30 XI 92 JW. 93 39[12], OLG. Hamburg 30 XI 89 ZHR. 40 520; über die Sonderbestimmung bei Fixgeschäften vgl. § 376); auch dann nicht, wenn der Nichtsäumige eine dem Säumigen nachteilige Preisbildung abwartet; anders jedoch, wenn das untätige Verhalten lange andauert (RG. 30 XI 92 JW. 93 39[12]). Hat eine Partei erklärt, daß sie nicht erfüllen könne oder nicht erfüllen wolle, und schweigt hierauf die andere Partei längere Zeit, ohne irgendwelche Ansprüche zu erheben, so kann hieraus entnommen werden, daß sie der Aufhebung des Vertrags zustimme (ROH. 9 411, 14 396, Bolze 8 Nr. 350) und auf etwaige Schadensersatzansprüche verzichte. Entsprechend unter Umständen auch bei längerem Stillschweigen des Verkäufers auf den vom Käufer erklärten Rücktritt (RG. 29 V 03 HoldheimsMSchr. 208, vgl. ROH. 23 84). Ebenso bei langdauernder Hinausschiebung des Selbsthilfeverkaufs nach Annahmeweigerung des Käufers (RG. 32 64; vgl. § 373 Anm. XVa 4). Stillschweigen auf ein Stundungsgesuch und Annahme von Teilzahlungen enthalten noch keine Stundung (KG. 22 IV 03 KGBl. 101; vgl. auch Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XIIb 2).

γ. Einseitige Erklärung über Vertragsauslegung. Erklärt eine Partei der anderen, daß sie einen abgeschlossenen Vertrag in bestimmter Weise auslege, und schweigt hierauf der andere, indem er gleichzeitig das Vertragsverhältnis (z. B. ein Dienstverhältnis oder ein Ratenleistungsgeschäft) fortsetzt, so liegt im Zweifel hierin eine Zustimmung zu der Erklärung des ersten (ROH. 19 123, Bolze 12 Nr. 247, RG. 54 179). Hat jedoch der Angegangene einmal erklärt, daß er die Auslegung der Gegenpartei nicht billige, so ist er nicht zu wiederholter Verwahrung verpflichtet, wenn die Gegenpartei auf ihre Auslegung zurückkommt (RG. 13 VI 98 JW. 482[22], RG. 53 373).

δ. Bestätigungsschreiben. Ist ein Geschäft abgeschlossen, und bestätigt eine Ver-

tragspartei die Bedingungen schriftlich, so ist die andere Partei als zustimmend erachtet worden, wenn sie nicht widerspricht (ROH. 11 435, 14 372, 15 97, Steg. 4 36, Bolze 1 Nr. 654, RG. 54 179, 58 68; vgl. RG. 7 VI 99 JW. 482[4]). So namentlich auch, wenn der Abschluß telegraphisch und daher in abgekürzter Form erfolgt war (OLG. Hamburg 14 I 03 OLGRspr. 8 28). Ebenso, wenn der Empfänger des Bestätigungsschreibens zwar auch seinerseits im wesentlichen bestätigt, aber einzelne von der ersteren Partei in ihr Bestätigungsschreiben aufgenommene Klauseln ausläßt, ohne ihnen ausdrücklich zu widersprechen (ROH. 19 5). Enthält zwar nicht das Bestellschreiben, aber die Bestellungsbestätigung des Vertragsgegners eine Nebenbedingung, welcher der Besteller nicht widersprochen hat, so wurde der Besteller als dieser Nebenbedingung zustimmend angesehen (KG. 22 X 02 KGBl. 115). Auch wenn Widerspruch unterbleibt, weil entgegen kaufmännischer Gewohnheit der Empfänger des Bestätigungsschreibens dieses ungelesen bei Seite gelegt hat (RG. 54 182). Anders nur, wenn die bestätigende Vertragspartei arglistig anders bestätigt als vereinbart war (vgl. RG. 54 181). Ist das Bestätigungsschreiben zweideutig, so braucht der Empfänger nicht zu widersprechen, wenn die dem Vertrag entsprechende Auslegung auch möglich ist; so z. B. wenn der Jahresbedarf ohne Angabe eines Mindestbetrags gekauft war, der Verkäufer aber dem Käufer bestätigt, ihm seinen „Jahresbedarf etwa 15 Tonnen Zement“ verkauft zu haben (OLG. Kiel 9 VI 03 OLGRspr. 7 28). Wird eine mündlich getroffene Vereinbarung über den Erfüllungsort nicht in die Bestätigungsschreiben aufgenommen, so ist hierin im Zweifel eine nachträgliche Aufhebung dieser früheren Vereinbarung zu erblicken (RG. 4 X 04 HoldheimsMSchr. 05 83). — Bis auf Grund des Bestätigungsschreibens eine ausdrückliche oder stillschweigende Einigung erfolgt ist, bleibt die mündliche Abrede maßgebend. Sobald dann jedoch das Bestätigungsschreiben bestätigt oder stillschweigend genehmigt ist, tritt der Inhalt des letzteren mit rechtsbegründender Wirkung (RG. 9 X 03 HoldheimsMSchr. 04 28) an die Stelle der ursprünglichen Abrede; der Vorgang fällt unter den Begriff einer Umschaffung des Schuldverhältnisses (Novation).

ε. Bestellschein, Kommissionskopie. Die Übergabe einer Kommissionskopie in unmittelbarem Anschluß an das mündliche Treffen der Vertragsabrede enthält keine nachträgliche Bestätigung, sondern die — wenngleich einseitige — Errichtung einer Vertragsurkunde bei Abschluß (KG. 22 XII 00 KGBl. 01 38; dagegen Staub Erl. zu § 372 Anm. 27, Riesenfeld Bresl. Handelsgebr. S. 59 Anm. 87); jede schriftliche Festlegung eines mündlich gültigen Vertrags erfolgt nicht genau gleichzeitig mit dem Abschluß. Das widerspruchslose Entgegennehmen und Behalten ist daher als Zustimmung auszulegen (Älteste d. Kaufmannsch. Berlin KGBl. 93 58, KG. 22 XII 00 KGBl. 01 38; dagegen KG. 25 II 01 KGBl. 52, Staub, Riesenfeld aaO.). Daß dies nur gelte, insoweit es sich um besprochene Bedingungen handelt, nicht dagegen, soweit eine nicht besprochene Bedingung vorgedruckt ist, nehmen an Bolze 23 Nr. 349, LG. I Berlin 20 IV 94 KGBl. 113. — Der vorgedruckte Vermerk gilt jedenfalls gegen den Besteller, wenn dieser die Bestellung im Kommissionsbuch des Reisenden oder einen sonstigen ihm vorgelegten Bestellschein unterschrieben hat und dem Besteller die Kopie dieser Bestellung erteilt ist (KG. 25 II 01 KGBl. 52). Auch dann, wenn er den Bestellschein unterzeichnet hat, ohne die darauf verzeichneten Nebenbedingungen durchzulesen, denn das Durchlesen unterläßt er auf seine Gefahr (RG. 9 VI 05 HoldheimsMSchr. 237, KG. 23 X 02 KGBl. 113). — Mündliche Abreden sind gültig, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß die Parteien deren Inhalt noch bei Unterzeichnung der schriftlichen Erklärung aufrechthalten wollten (RG. 52 26; vgl. § 377 Anm. IV b 2 α). Daher ist der Unterzeichner eines Bestellscheins an vorgedruckte Nebenabreden nicht gebunden, wenn bei Unterzeichnung vereinbart wurde, daß durch die Unterzeichnung kein Einverständnis mit jenem Vordruck erklärt werden solle (dagegen RG. 9 VI 05 HoldheimsMSchr. 237).

ζ. Schlußschein. Ein Schlußschein oder eine Schlußnote können, je nachdem, ob sie

sofort übergeben oder erst nachträglich übersandt sind, einer Kommissionskopie oder einem Bestätigungsschreiben gleichstehen. Widerspruchslose Entgegennahme gilt als Billigung der in ihnen enthaltenen Bedingungen (RG. 17 I 96 JW. 103 [7], RG. 58 367; einschränkend ROH. 13 295). So auch, wenn die Schlußnote nicht von der Gegenpartei, sondern vom Makler unterschrieben und übersandt ist (RG. 59 350).

η. Rechnungsaufdruck. Ein Aufdruck auf der Rechnung enthält keine im Anschluß an den Vertragsschluß erfolgende Bestätigung einer Vertragsabrede, sondern eine nachträgliche einseitige Behauptung; ein solcher Aufdruck bindet daher den anderen Teil in der Regel nicht, auch wenn dieser stillschweigt (ROH. 22 145, RG. 5 394, 52 135, 57 411, Bolze 3 Nr. 699, 5 Nr. 650, 12 Nr. 242, 272, 18 Nr. 447, Staub Exk. zu § 372 Anm. 26, Riesenfeld Bresl. Handelsgebr. S. 66); um so weniger dann, wenn festgestellt wird, daß der andere Teil nicht Kenntnis davon erhalten hat (RG. 30 XI 99 HoldheimsMSchr. 00 78). — Ist jedoch längere Zeit hindurch die Geschäftsverbindung unter wiederholter Erteilung von Rechnungen mit gleichem Aufdruck fortgesetzt worden, so liegt hierin in der Regel bezüglich der späteren Geschäfte die Anerkennung der aufgedruckten Bedingung als einer allgemeinen Vertragsbedingung (LG. I Berlin 10 VI 96 KGBl. 88, KG. 1 X 00 KGBl. 101; dagegen RG. 28 XI 02 JW. Beilage 03 16 [32], Staub Exk. zu § 372 Anm. 26, anscheinend auch Bolze 12 Nr. 642, ferner bei Nichtkaufmann als Käufer RG. 19 III 98 HoldheimsMSchr. 276, LG. I Berlin 5 IV 99 KGBl. 57), allerdings nicht in dem Sinn, daß das Fortsetzen der Geschäftsverbindung ohne weiteres von Rechts wegen die eine Vertragspartei an den Rechnungsaufdruck der anderen Vertragspartei bindet, aber doch so, daß das Fortsetzen trotz jenes Aufdrucks für die Annahme eines bereits bei der Bestellung vorhandenen Einverständnisses verwertet werden kann (RG. 52 135, KG. 22 X 02 KGBl. 114; dagegen selbst letzteres verneint in RG. 28 XI 02 JW. Beilage 03 16 [32]). — Abweichend nahm ROH. 1 128, 5 35 an, daß Stillschweigen auf den Inhalt des Aufdrucks diesen zur Vertragsbedingung mache, wenn über die darin berührten Fragen nichts verabredet war, und daß nur dann das Stillschweigen keine Zustimmung bedeute, wenn über die betreffenden Fragen eine anderweite Abrede getroffen war. — Die vorstehenden Regeln gelten auch in dem Fall, daß durch Aufdruck auf der Rechnung bestimmte Fristen für die Mängelanzeige vorgeschrieben werden. Das derartig erfolgte willkürliche und einseitige, erst nach Bestellung geschehende Vorschreiben einer Frist bindet an sich den Käufer nicht (ROH. 1 88). Vgl. unten zu b 2: „Reklamationen". — Dasselbe muß auch gelten von Aufdrucken betreffend die Bedingungen über Rückgabe der Verpackungen (Säcke, Fässer, Kisten usw.). Ist bei der Vertragschließung nichts hierüber bedungen, so gilt das Verkehrsübliche. Der Aufdruck enthält daher nicht ein Angebot, an das der Käufer, wenn er stillschweigt, gebunden wäre (dagegen OLG. Hamburg 27 VI 02 OLGRspr. 6 356). — Ausnahmsweise kann ein Rechnungsaufdruck Teil des Bestätigungsschreibens sein und wird dann, wenn der Empfänger stillschweigend, für diesen bindend; so z. B. wenn Bestätigung der Vereinbarung nach ihrem ganzen Inhalt gefordert war und der demgemäß erteilten Bestätigung eine Rechnung mit aufgedruckten Bedingungen beigelegt wurde (RG. 57 410).

ϑ. Aufdruck auf einem Angebotschreiben. Ein solcher Aufdruck, wenn an augenfälliger Stelle, ist maßgebend für den auf grund jenes Schreibens abgeschlossenen Vertrag (RG. 1 VII 01 HoldheimsMSchr. 02 161).

ι. Der in einer Rechnung ausgeworfene Preis gilt in der Regel als genehmigt durch Stillschweigen desjenigen, dem die Rechnung übersandt ist, und der die Ware daraufhin behält (ROH. 3 113, 15 98; abweichend 1 87, 13 342); das Stillschweigen des Empfängers überhebt daher den Absender der Notwendigkeit, die Vereinbarung oder Angemessenheit des Preises darzutun, solange nicht der Empfänger seinerseits Tatsachen anführt, die gegen eine erfolgte Genehmigung sprechen (ROH. 3 113). Auf erfolgte Genehmigung kann geschlossen werden z. B. aus gleichlautender Buchung des Preises durch den Empfänger in dessen Büchern (ROH. 13 242).

x. Bezeichnung der Ware in einer vor Ablieferung übersandten Rechnung vgl. § 377 Anm. IIIa 5.

5. Zusendung nicht bestellter Waren. Hierin liegt ein Vertragsantrag, der, um für den Empfänger bindend zu werden, einer Annahme durch ihn bedarf; der Empfänger wird daher durch sein Schweigen und das Liegenlassen der Ware nicht verpflichtet, sie zu behalten und den auf der beigefügten Rechnung vermerkten Preis zu zahlen (ROH. 3 48, 16 40, 132, RG. 16 II 00 JW. 297[15]). Doch können im Einzelfall Umstände hinzukommen, die eine gegenteilige Entscheidung rechtfertigen, weil aus ihnen eine stillschweigende Annahmeerklärung zu entnehmen ist (ROH. 16 132). Solche besondere Umstände sind z. B. bestehende Geschäftsverbindung und Kenntnis des Empfängers, daß der Absender irrtümlich annahm, die Ware sei bestellt (Staub § 377 Anm. 160). Ebenso ein stillschweigendes dauerndes Behalten der Ware, zumal wenn sich dies Verhalten des Empfängers bei einer größeren Zahl gleichartiger Zusendungen wiederholt (Bolze 13 Nr. 403). Werden gleichzeitig bestellte und nicht bestellte Waren zusammen übersandt, und zieht der Empfänger nur bezüglich einiger Waren Erinnerungen, ohne gleichzeitig zu erklären, daß er die nicht bestellten nicht behalten wolle, so liegt in seinem Schweigen die Willenserklärung, daß er diese behalte (ROH. 16 40). Ist von einer teilbaren Ware mehr, als bestellt war, gesandt, so liegt dennoch nicht unter allen Umständen (vgl. jedoch § 378) eine Annahme im Unterlassen einer Beanstandung des Nichtbestellten oder selbst im Beginnen mit dem Verkauf bis zum Betrag des Bestellten; so z. B. nicht, wenn der Empfänger nicht mit den Gepflogenheiten des kaufmännischen Verkehrs vertraut und ihm schon im ursprünglichen Vertrag Rücknahme des Unverkäuflichen zugesichert war (RG. 16 II 00 JW. 297[15]). Hat A dem B verkauft, und sendet C an B die Ware, indem er sie unter bestimmten Bedingungen anbietet, und den B für den Fall, daß er hierauf nicht eingehen wolle, auffordert, sie zu des C Verfügung zu halten, eignet sich dann B die Ware an, so ist B gegenüber C an die von diesem gestellten Bedingungen gebunden (RG. 54 217). Über die Frage der Rügepflicht vgl. § 377 Anm. IIb, über die Frage der Aufbewahrungspflicht vgl. § 379 Anm. Ia 1.

6. Benachrichtigung von bevorstehender Trattenziehung. Ob Stillschweigen auf die Benachrichtigung von bevorstehender Trattenziehung als Zustimmung gilt, ist bestritten. Für Bejahung Staub Anm. 14 und die bei Riesenfeld Bresl. Handelsgebr. 122 angeführten Breslauer und Magdeburger Handelskammergutachten; für Verneinung das daselbst angeführte Oppelner Gutachten; für Verneinung, außer wenn bestimmte Widerspruchsfrist gesetzt war, auch Gutachten der Berliner Ältesten d. Kaufmannschaft (BerlHandelsgebr. 1 122, 123).

7. Übersendung einer Abrechnung. Behält ein Kaufmann längere Zeit einen von ihm entgegengenommenen oder ihm zugesandten Bericht über eine Geschäftsführung, insbesondere die Verkaufsrechnung oder Spesenrechnung eines Kommissionärs, ohne Erinnerungen zu ziehen oder mindestens ausdrücklich vorzubehalten, so gilt dies Schweigen als Genehmigung (ROH. 4 351, 10 191; vgl. § 386). Ebenso bei sonstigen Auftrags- oder Dienstverhältnissen mit Geschäftsbesorgung (ROH. 15 97). Dasselbe ist angenommen worden für die Übersendung der Laufrechnung bei bestehendem Laufrechnungsverhältnis (ROH. 15 97), insbesondere wenn das Laufrechnungsverhältnis fortgesetzt wird (ROH. 2 117, Bolze 11 Nr. 289); nicht jedoch auch bei Stillschweigen auf Übersendung eines Auszugs, wenn zwar Geschäftsverbindung, aber nicht Laufrechnung besteht (ROH. 3 439). Für den Fall der Laufrechnung ist — ebenso wie für den Fall der Kommissionsrechnung — anerkannt, daß nicht schon das Unterlassen sofortiger Prüfung jene Wirkung habe, daß vielmehr die zulässige Frist für Erhebung eines Widerspruchs je nach den Umständen des Einzelfalls verschieden lang zu bemessen sei (ROH. 3 426). Besteht kein Laufrechnungsverhältnis, so liegt (nach ROH. 3 4) in einer etwa durch Stillschweigen erklärten Zustimmung zu dem Inhalt einer übersandten Abrechnung nur die einseitige Anerkennung der einzelnen Posten der Rechnung; besteht dagegen ein Laufrechnungsverhältnis, so liegt (nach ROH. 2 117) in dauerndem Stillschweigen die Annahme des Vertragsantrags auf

Anerkennung des Überschusses als einer vom ursprünglichen Rechtsgrund losgelösten Schuld (vgl. jedoch § 355 Anm. III g 2).

8. Bekanntmachen allgemeiner Bedingungen.

α. Sondermitteilung an den einzelnen Vertragsgegner. Hat eine Partei der anderen die Bedingungen mitgeteilt, unter denen sie eine Geschäftsverbindung eingehen will, und gibt daraufhin die andere Partei Aufträge, wenngleich ohne ausdrückliche Anerkennung der Bedingungen, so gilt doch ihr Stillschweigen im Zweifel als Unterwerfung unter jene Bedingungen (RG. 3 V 99 HoldheimsMSchr. **99** 190). Sogar für den Fall, daß die Lieferungs- und Zahlungsbedingungen nicht von Anfang an als für die Dauer berechnet angezeigt, sondern ursprünglich nur für ein einzelnes Geschäft verabredet waren, gelten sie bei fortdauernder Geschäftsverbindung mangels gegenteiliger Erklärung auch für die späteren Geschäfte (KG. 3 II 02 KGBl. **03** 5, OLG. Darmstadt 16 VI 05 OLGRspr. **11** 408). So auch allgemein für Kataloge und Preisverzeichnisse, die eine Angabe der Geschäftsbedingungen enthalten, wenn auf Grund ihrer Zusendung das Geschäft zu stande kommt (RG. 16 III 03 HoldheimsMSchr. 278, vgl. RG. **52** 136; dagegen RG. 1 VII 01 HoldheimsMSchr. **02** 162). Ebenso für Kostenanschläge (vgl. jedoch RG. 10 XI 03 JW. 431 [1]). Befinden sich die etwaigen vom Gesetz abweichenden Bedingungen darin nicht an einer in die Augen fallenden Stelle, so darf nicht ohne weiteres angenommen werden, daß der andere Teil sich ihnen unterwerfen wollte (KG 14 VI 04 OLGRspr. **9** 131). Ebenso dann nicht, wenn die betreffende Bedingung eine ungewöhnliche ist (Düringer-Hachenburg 2 78), so daß der Empfänger keinen Anlaß hatte, das Schriftstück daraufhin, ob jene Bedingung in ihm enthalten sei, durchzusehen; anders jedoch, wenn bewiesen wird, daß er Kenntnis davon erhalten hat. Auch ist nicht immer anzunehmen, daß ein längere Zeit nach Zusendung einer Preisliste ohne ausdrückliche Bezugnahme auf sie abgeschlossenes Geschäft auf Grund der Preisliste und der in ihr enthaltenen Bedingungen zu stande gekommen ist (RG. 26 II 04 HoldheimsMSchr. 225).

β. Öffentliche Bekanntmachung ohne Sondermitteilung. In bestimmten Geschäftszweigen, namentlich bei Versicherungs- und Beförderungsunternehmungen, ist es üblich, daß der Unternehmer im voraus die näheren Bestimmungen öffentlich bekannt macht, unter denen er derartige Geschäfte abzuschließen bereit ist. Schließt jemand, dem eine solche Bekanntmachung zugegangen ist, mit dem Unternehmer demnächst einen Vertrag der in der Bekanntmachung erwähnten Art ab, so gelten jene allgemeinen Bedingungen, soweit sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen werden, als Grundlage des Vertrags (RG. **13** 77; vgl. RG. 3 V 99 HoldheimsMSchr. **99** 190). Das bloße Aushängen derartiger Bedingungen im Geschäftsraum des Unternehmers ohne den hinzukommenden Nachweis, daß sie der anderen Vertragspartei zur Kenntnis gekommen sind, läßt dagegen keinen Schluß auf den Willen der anderen Partei zu, sich ihnen zu unterwerfen, bindet sie daher nicht (RG. **13** 76; dagegen Staub Anm. 15, Düringer-Hachenburg Anm. VI e, KG. 2 VI 94 KGBl. 71); doch steht der Kenntnisnahme gleich eine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Nichtkenntnisnahme (KG. aaO.), z. B. die Nichtkenntnisnahme seitens eines Kaufmanns trotz der an ihn erfolgten Zusendung (RG. **13** 77). Noch weniger als eine Bekanntmachung ohne hinzukommende Kenntnis oder grob fahrlässige Nichtkenntnis genügt das bloße Bestehen solcher allgemeinen einseitig festgesetzten Bedingungen ohne hinzukommende öffentliche Bekanntmachung (KG. 2 VI 94 aaO.). — Nicht die Bekanntmachung allgemeiner Bedingungen, sondern der Auftrag der anderen Partei enthält den Vertragsantrag (ROH. 12 214, RG. 2 XII 04 JW. **05** 76 [10]); die Übernahmeerklärung des Unternehmers ist — wenn er nichts Gegenteiliges erwähnt — als unter Zugrundlegung seiner bekannt gemachten allgemeinen Bedingungen erklärt anzusehen, auch wenn nicht feststeht, ob die andere Partei sie kannte (ROH. 12 215). Kannte die andere Partei sie unverschuldet nicht, so kann es unter Umständen an einer Willenseinigung mangeln. — Im Interesse der Gerechtigkeit liegt es nicht, den Einfluß allgemeiner Bedingungen allzusehr zu erweitern, da derartige

Bedingungen mehr als das Gesetz, an dessen Stelle sie treten wollen, im einseitigen Interesse der Unternehmer verfaßt zu sein pflegen. Mißbraucht der Unternehmer einen tatsächlichen Alleinhandel oder den Ausschluß der Wettbewerbsmöglichkeit, um dem Vertragsgegner unbillige Bedingungen aufzuerlegen, so sind letztere wegen des in diesem Verhalten liegenden Verstoßes gegen die guten Sitten unverbindlich (RG. 62 266; vgl. oben Anm. II b 1).

9. Ausdrücklich ist im Gesetz für bestimmte Fälle das Stillschweigen der Zustimmung gleichgestellt. Aus dem HGB. gehören hierher

§ 60 Abs. 2, § 112 Abs. 2: Kenntnis vom Betrieb eines Handelsgewerbes seitens des Handlungsgehilfen bzw. Teilnahme an einer anderen Gesellschaft seitens des Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft,

§ 85: Kenntnis des Geschäftsherrn von Abschluß eines Geschäfts durch einen Vermittlungsagenten,

§ 362: Antrag an Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, betreffs Besorgung solcher Geschäfte; oder wenn einem Kaufmann ein Antrag über Besorgung von Geschäften von jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat (hierzu BGB. §§ 663, 675),

§ 377 Abs. 2, 3, §§ 378, 391: Anzeige von Mängeln der empfangenen Ware,

§ 386: Anzeige des Kommissionärs über Ausführung des Geschäfts unter Abweichung von der Preisbestimmung des Kommittenten.

b. **Geschäftsklauseln und sonstige Ausdrücke des kaufmännischen Sprachgebrauchs.**

1. Allgemeines. Schließen die Parteien einen Vertrag unter Bezugnahme auf eine im Handelsverkehr gebräuchliche Geschäftsklausel, so unterwerfen sie sich dieser nach Maßgabe ihrer wirklichen, durch den Verkehr entwickelten und in ihm anerkannten Bedeutung; der auf Geltung der Klausel gerichtete Wille war vorhanden trotz etwaigen Irrtums über die aus der Klausel nach Verkehrssitte zu ziehenden Folgerungen (vgl. RG. 42 146); eine Willenseinigung hat mithin auch in einem solchen Fall stattgefunden (Staub Anm. 6). Dasselbe gilt bei ausdrücklicher Unterwerfung unter bestimmt bezeichnete Geschäftsbedingungen, selbst wenn der sich Unterwerfende deren Inhalt nicht kannte (ROH. 1 92). Über Benutzung von Vertragsformularen vgl. oben Anm. I e.

2. Beispiele von Klauseln und sonstigen kaufmännischen Ausdrücken. Vgl. Zander in GruchotsBeitr. 49 574, 774.

„Ab Bahn dort" bedeutet, daß Verkäufer die Ware auf seine Gefahr und Kosten fertig zur Beförderung zu liefern, daher auch die Bahnwagen zu bestellen und die Ware rechtzeitig zu verladen hat (BerlHandelsgebr. 2 4).

„Ab Bahnhof A." Ein Verkauf unter dieser Bedingung verpflichtet den Verkäufer nicht, diejenigen Kosten zu tragen, welche durch die auf dem Bahnhof behufs Weiterbeförderung erfolgende Aufladung entstehen (ROH. 17 10; vgl. BGB. § 448). Die Klausel enthält nur einen Ausdruck der Vereinbarung, daß Verkäuferin Kosten und Gefahr der Beförderung an die Bahn tragen soll, nicht aber, daß schon dort Käufer den Preis bezahlen soll (OLG. Hamburg 28 X 01 OLGRspr. 4 26).

„Abnahme" bedeutet nicht nur die körperliche Hinwegnahme (worauf die Bedeutung des Worts in BGB. § 433 zu beschränken, Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IX b 3), sondern umfaßt im kaufmännischen Sprachgebrauch nicht selten auch die rechtsgeschäftlichen Handlungen des Käufers, durch die eine Unbestimmtheit in bezug auf die Lieferung der Ware nach Zeit, Art, Ort und Gegenstand beseitigt wird, z. B. Bestimmung (Spezifikation) und Abruf (RG. 57 109).

„Abruf" vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I a.

„Als Ablieferungsort gilt der überseeische Bestimmungsort." Diese Klausel enthält eine vertragsmäßige Hinausschiebung der Frist für Erstattung einer Mängelanzeige (§ 377 Anm. IX c 2) und im Zweifel auch eine entsprechende Hinausschiebung des Beginns der Verjährungsfrist (Anhang zu § 377 Anm. XI d 2), dagegen

nicht eine Übernahme der Gefahr bis zum Bestimmungsort durch den Verkäufer (OLG. Hamburg 14 VII 02 OLGRspr. 6 355).

„An Hand lassen" s. „Anstellen."

„Anschaffung." Darunter kann sowohl Barzahlung wie auch Hingabe von Rimesse oder Akzept verstanden werden (BerlHandelsgebr. 2 2).

„Ansprüche werden nur innerhalb . . . Tagen berücksichtigt" s. „Reklamationen".

„Anstellen" bedeutet anbieten. In der Regel zum Kauf; unter Umständen jedoch auch zur Verkaufsvermittlung (ROH. 7 179).

„Arbitrage", z. B. „Berliner A.", „Londoner A.". Man unterscheidet „amtliche A." und „freundschaftliche A.", je nachdem, ob nur die amtlichen für den betreffenden Handelszweig bestellten Sachverständigen oder auch nichtamtliche Sachverständige mitwirken dürfen (Zander GruchotsBeitr. 49 793). Die Klausel „Arbitrage" bedeutet, daß wegen etwaiger bezüglich der Lieferung entstehender Streitigkeiten nicht die Ware zurückgewiesen werden darf, vielmehr die Ware zu dem vom Schiedsgericht zu bestimmenden Wert abzunehmen ist (BerlHandelsgebr. 1 215). Hierbei ist unter „Arbitrage" mitunter nur ein Schätzungsverfahren (d. h. nur eine Feststellung der Tatsache des Minderwerts einer Ware), mitunter ein wirkliches Schiedsgericht verstanden (OLG. Hamburg 18 II 05 OLGRspr. 11 177). Auch in ersterem Fall kein bloßer Sühneversuch (OLG. Karlsruhe 18 X 04 OLGRspr. 11 177). In der Zusammensetzung: „Qualität: Handelsware mittlerer Güte der Jahreszeit, oder Vergütung, wenn weniger gut. Londoner Arbitrage" weist die Klausel den Sachverständigen nur die Entscheidung über das ob und wieviel der im bezeichneten Fall zu zahlenden Vergütung zu, enthält aber keinen Verzicht auf den Wandlungsanspruch bei betrüglicher Packung und keine Verweisung auch dieses Anspruchs vor das Schiedsgericht (RG. 47 144). Dasselbe gilt im Zweifel wohl auch für die Klausel in abgekürzter Form (dagegen für einen Einzelfall OLG. Karlsruhe 18 X 04 OLGRspr. 11 177). Die Klausel enthält zugleich die Vereinbarung, daß die nähere Bezeichnung der Mängel erst nach der Untersuchung durch die Sachverständigen zu geschehen braucht (§ 377 Anm. IX c 3). — Inhaltlich die gleiche Bedeutung wie die Klausel „Arbitrage", aber unter klarer Einsetzung eines Schiedsgerichts, hat die Abrede „Sollten Streitigkeiten irgendwelcher Art aus Anlaß dieses Abschlusses oder bezüglich Erfüllung dieses Vertrags entstehen, so darf weder Entgegennahme der Ware noch Zahlung, wie vereinbart, verweigert werden, sondern nachdem diese erfolgt ist, sollen Schiedsrichter entscheiden." Der Käufer muß in solchem Fall selbst dann zunächst abnehmen und zahlen, wenn er Ausstellungen machen zu können glaubt; anders nur, wenn die angebotene Ware so erhebliche Abweichungen von der gekauften zeigt, daß vorläufige Abnahme und Zahlung vor Erledigung der Streitigkeiten ihm nicht zugemutet werden kann (RG. 61 350, OLG. Hamburg 18 II 05 OLGRspr. 11 178). Die Klage auf Zahlung gehört vor das ordentliche Gericht, nicht vor das Schiedsgericht; auf Grund von Tatsachen, über die das Schiedsgericht zu entscheiden hat, können aber nur diejenigen Einwendungen vor dem ordentlichen Gericht erhoben werden, die im Schiedsspruch ihre Begründung finden (OLG. Hamburg 18 II 05 OLGRspr. 11 177). Der Verkäufer hat trotz dieser Klausel bei Annahme- oder Zahlungsverzug des Käufers die aus dem Verzug nach dem Gesetz sich ergebenden Rechte (RG. 61 351). Ob, wenn er demgemäß nach BGB. § 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, die Schiedsgerichtsklausel sich auch auf diese Schadensersatzforderung bezieht, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XI b.

„at current exchange zahlbar" bedeutet, daß die Umrechnung der zu zahlenden Geldsumme nach Wechselkurs, nicht nach Geldkurs zu erfolgen hat (LG. Oldenburg JHR. 38 195).

„auf behaltene Ankunft" vgl. „für behaltene Ankunft".

„auf Besicht" vgl. BGB. § 495 und Anhang zu § 377 Anm. XI c 2.

„Aufgabe vorbehalten" vgl. § 95.

„Ausfallprobe", „Ausfallmuster" vgl. § 377 Anm. IX c 4.

„ausgeliefertes Gewicht garantiert". Hierdurch wird nicht die Beförderungsgefahr übernommen, sondern nur vereinbart, daß der Preis der Ware nach dem Gewicht am Bestimmungsort berechnet werden soll (OLG. Kiel 25 V 03 OLGRspr. 7 154). Wird mit jener Klausel vom Inland nach dem Ausland verkauft, so bleibt Erfüllungsort des Verkäufers dessen inländischer Niederlassungssitz (OLGKiel 25 V 03 OLGRspr. 7 154).

„Bankrimessen" sind solche Wechsel, die vom Nehmer bei einer Bank oder einem Bankhause diskontiert werden können (BerlHandelsgebr. 1 124).

„bare Zahlung". Ist dies bedungen, so kann der Gläubiger Zahlung in Wechseln oder Anweisungen ablehnen; nimmt er aber solche Zahlungsmittel, so darf er nicht nachträglich Inkassokosten berechnen (BreslHandelsgebr. 122).

„bei Kasse nach Empfang 2% Skonto; sonst 3 Monat Akzept" bedeutet, daß der Käufer sofort nach Empfang entweder unter Skontoabzug zu zahlen oder ohne Abzug ein Dreimonatsakzept zu geben hat; zahlt er nicht und sendet er nicht sogleich nach Empfang ein Dreimonatsakzept ein, so kann er kein Zahlungsziel beanspruchen (BerlHandelsgebr. 1 97). Vgl. „Kasse nach 30 Tagen 2% Skonto oder Dreimonatsakzept netto", „Regulierung durch Appoints".

„besehen", „Besicht erklärt" vgl. Anhang zu § 377 Anm. XIc 2.

„Besserungsschein" vgl. „Zahlung so bald möglich".

„Bitte um Gutschrift" enthält keine Stundung, sondern eine Aufforderung zur Anerkennung (BerlHandelsgebr. 1 99).

„brutto für netto" bedeutet, daß der Preis nach dem Bruttogewicht zu berechnen ist; vgl. § 380 Anm. I.

„brutto mit Sack" bedeutet, daß die Säcke, in denen die Ware geliefert wird, Eigentum des Empfängers werden (BerlHandelsgebr. 1 151).

„cif" bedeutet, daß der Verkäufer cost, insurance, freight (Unkosten, Versicherungsprämie, Fracht) übernimmt. Hierdurch wird nicht der Erfüllungsort geändert (ROH. 13 438), insbesondere nicht die Gefahr bis zum Bestimmungsort übernommen (RG. 14 114, Berl. Handelsgebr. 1 194). Auch folgt aus jener Klausel nichts für die Frage, wo die Übergabe zu erfolgen hat (RG. 17 XI 03 JW. 04 46 [16]). Der Verkäufer ist trotz der Klausel im Zweifel nicht verpflichtet, die Fracht dem Frachtführer zu zahlen, weder im voraus noch nach Ankunft im Bestimmungsort; vielmehr hat der Käufer die Fracht zu verauslagen vorbehaltlich späterer Anrechnung gegenüber dem Verkäufer (OLGHamburg 25 III 04 OLGRspr. 9 271).

„circa" vgl. „etwa".

„Dreimonatsakzept gegen Verladungsdokumente" bedeutet, daß das dreimonatliche Ziel von der Ausstellung der Verladungsurkunde zu rechnen ist; wird bei Einfuhrgeschäften die obige Klausel mit dem Zusatz „ab Hamburg" gebraucht, so ist das Ziel nicht von Ausstellung der Verladungsurkunde im überseeischen Abgangshafen, sondern von Ausstellung der neuen Verladungsurkunde in Hamburg zu rechnen (BerlHandelsgebr. 2 66). Vgl. Kasse gegen Verladungsdokumente.

„Empfang erklärt" vgl. Anhang zu § 377 Anm. XIc 2.

„Entladung". Hat der Verkäufer nur Entladung in das zur Weiterbeförderung bestimmte Fahrzeug, nicht „Beladung" übernommen, so hat er nicht für ordnungsmäßige Beladung aufzukommen, z. B. nicht dafür, daß die Fahrzeuge nicht überladen werden (OLG. Hamburg 6 II 05 OLGRspr. 10 340).

„etwa". Durch Beifügung von Worten wie „etwa", „circa", „ungefähr" mit Bezug auf Leistung oder Gegenleistung wird einem Vertrag nicht die genügende Bestimmtheit entzogen (BGB. § 315, ROH. 15 334). Bei Streit hat der Richter die Grenzen festzustellen, die keinesfalls über- bezw. unterschritten werden dürfen (RG. 6 IV 06 JW. 348 [4]). Der Zusatz hat die Bedeutung, daß von der in Zahlen ausgedrückten Menge oder Summe nicht in bedeutendem Maß abgewichen werden soll (ROH. 8 210). Ist jedoch die ganze Hervorbringung einer Fabrik verkauft und der verkaufte Gegenstand nur Nebenprodukt, so braucht nicht mehr geliefert zu werden als bei ordnungsmäßigem Betrieb erzielt wird (vgl. RG. 6 IV 06 JW. 348 [4]). Bei Verkäufen von derartig bezeichneten Mengen, die mehrere

Kähne füllen, ist so lange mit der Lieferung fortzufahren, bis entweder ein nicht mehr eine volle Kahnladung bildender Rest der Gesamtmenge ungeliefert bleibt oder behufs Befrachtung des letzten Kahns ein Mehr geliefert wird, und zwar ist ersteres oder letzteres zu wählen, je nachdem, welches von beiden die geringere Abweichung von der bedungenen Gesamtmenge erfordert (BerlHandelsgebr. 1 228).

„faq" = fair average quality (Düringer-Hachenburg Anm. II 1a) ist als gleichbedeutend zu erachten mit „Handelsgut mittlerer Art und Güte" (§ 360).

„fob" = free on board. Hierunter ist verstanden, daß der Verkäufer die Fracht und die übrigen Unkosten der Beförderung bis an Bord des Schiffs zu tragen hat (OLG. Hamburg 29 III 01 OLGRspr. 3 92). Über die Gefahrtragung ist durch jene Klausel nicht bestimmt (aaO.; vgl. auch Düringer-Hachenburg Anm. III b); vgl. „frei Bestimmungsort". Die Breslauer Handelskammer (BreslHandelsgebr. 140; vgl. jedoch aaO. 203 Anm. 279) nimmt indessen an, daß der Verkäufer die Gefahr trage.

„Fracht laut Chartepartie." Vgl. § 651.

„Frachtparität" eines benannten Orts. Ist mit dieser Klausel verkauft, so hat der Verkäufer von einem ihm beliebenden Ort aus die Ware an den vom Käufer beliebig zu bezeichnenden Bestimmungsort zu liefern, der Käufer hat aber dem Verkäufer die Fracht vom Paritäts- zum Bestimmungsort und nur diese Fracht zu vergüten, gleichgültig von welchem Ort aus die Ware versendet wird (Zander GruchotsBeitr. 49 789).

„frei ab Hamburg". Ist bei einer nach dem Inland einzuführenden Ware so abgeschlossen, so hat der Verkäufer die Kosten der Anlieferung bis zur Bahn oder zum Kahn in Hamburg zu tragen (BreslHandelsgebr. 161).

„frei Bahn Berlin per netto Kasse" wurde dahin ausgelegt, daß Berlin Erfüllungsort sein solle, insbesondere auch für die Zahlung des Kaufpreises (BerlHandelsgebr. 1 245), selbst wenn der Käufer nicht in Berlin wohnt (BerlHandelsgebr. 1 246). Ist bei der Abrede „frei Bahn Breslau" Breslau Bestimmungsort der verkauften ganzen Wagenladung, so hat im Zweifel der Verkäufer die Entladung zu bewirken, bevor Käufer zur Übernahme gehalten ist, selbst wenn bedungen ist, daß Käufer die Entladekosten trägt (BreslHandelsgebr. 137).

„frei Bestimmungsort." Verspricht der Verkäufer Lieferung „frei Bestimmungsort", so wird hierdurch nicht der Bestimmungsort zum Erfüllungsort (herrschende Meinung; dagegen Gutachten der Handelskammer Breslau (in BreslHandelsgebr. 63); vielmehr übernimmt der Verkäufer hierdurch nur die Beförderungskosten bis dort (BerlHandelsgebr. 1 199; vgl. BGB. § 269 Abs. 3), nicht aber auch die Gefahr der Beförderung (ROH. 10 176, 16 16, OLGHamburg 29 III 01 OLGRspr. 3 92; dagegen — außer bei Glaswaren — Breslauer Handelskammer in BreslHandelsgebr. 139 f.). Auch die Gefahr wird jedoch übernommen bei Klauseln wie „kahnfrei" (BerlHandelsgebr. 1 194) oder „frei Brauerei" (BerlHandelsgebr. 1 215) oder „die Ware ist vom Verkäufer nach dem Bestimmungsort zu liefern und dort in Empfang zu nehmen" (ROH. 15 175). Über die Frage, wer Gefahr und Kosten der Rücksendung der Säcke zu tragen hat, vgl. BreslHandelsgebr. 167, BerlHandelsgebr. 1 152.

„frei bleibend"; durch diese Klausel wird volle Freiheit des Handelns vorbehalten, nicht nur für den Fall, daß bei Eintreffen der Antwort die Ware demjenigen, der frei bleiben wollte, nicht mehr zur Verfügung steht (ROH. 14 81).

„frei Flußschiff" vgl. „frei Ufer".

„frei Fracht und Zoll". Ein Speditör der Gut zur Spedition nach dem Ausland unter obiger Bedingung übernimmt, ist verpflichtet, die Zollabfertigung zu veranlassen, hat aber nicht für die tarifmäßig richtige Berechnung durch die ausländische Zollbehörde einzustehen (BerlHandelsgebr. 1 165).

„frei Fuhrlohn" bedeutet, daß der Verkäufer sich verpflichtet, ohne Berechnung von Beförderungskosten und Auslagen dem Käufer ins Haus zu liefern oder dem Käufer die von diesem für eigene Beförderung aufgewendeten Beträge zu ersetzen (BerlHandelsgebr. 1 247).

„frei Ufer abzuliefern" bedeutet, daß der Schiffer die Ausladung für eigene Rechnung zu bewirken hat (BerlHandelsgebr. 2 23). Ob die Klausel „frei Waggon" oder „frei Flußschiff" bei Einfuhr über See den Lieferer auch zur ordnungsmäßigen Verladung im Waggon oder Schiff verpflichtet, vgl. RG. 8 XII 05 JW. 06 52[2].

„frei von Beschädigung (Bruch, Leckage)" vgl. § 657; „frei von Beschädigung (Bruch) außer im Strandungsfall" vgl. §§ 851, 852, RG. 56 400.

„frei von Kriegsmolest" vgl. § 848.

„freundschaftliche Arbitrage" s. „Arbitrage".

„für behaltene Ankunft" vgl. § 850, RG. 47 175.

„für Rechnung des A" hat unter Kaufleuten, im Gegensatz zum Sprachgebrauch unter Juristen, oft die Bedeutung von „im Namen des A." (RG. 56 300).

„Gültig bis . . ." bei Bürgschaftsübernahme bedeutet, daß der Bürge nur für die bis zum bezeichneten Zeitpunkt entstandenen Forderungen bürgen will, nicht, daß diese Forderungen bis dahin auch fällig sein müssen oder daß der Bürge bis dahin schon in Anspruch genommen werden müsse (RG. 1 III 06 JW. 229[18]).

„Gutschrift" vgl. Bitte.

„handelsübliche Ware (nach Art der gesandten Probe)." Ein Kauf unter dieser Klausel ist kein Kauf nach Probe, sondern ein gewöhnlicher Gattungskauf von Ware der durch die Probe bezeichneten Gattung (OLG. Hamburg 25 IX 03 OLGRspr. 7 387).

„jederzeitiger Umtausch zulässig" bedeutet nur, daß dem Käufer eine Frist zur Prüfung des gekauften Gegenstands eingeräumt werde, die genügt, damit er sich in Ruhe überlegen kann, ob er ihn behalten oder umtauschen will; überschreitet er dagegen die hiernach billige Frist, so ist Umtausch nicht mehr zulässig (OLGDresden 4 V 03 OLGRspr. 8 56).

„Inhalt unbekannt" vgl. § 654.

„inklusive Assekuranz;" hierdurch wird nicht der Erfüllungsort geändert (ROH. 14 131). Vgl. „cif".

„in regelmäßigen Zwischenräumen" vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I a.

„Kasse bei Empfang der Faktura" bedeutet, daß Käufer bei Empfang der Rechnung Zahlung zu leisten hat und Verkäufer erst nach Eingang des Geldes die Waren abzusenden braucht (BreslHandelsgebr. 98).

„Kasse gegen Verladungsdokumente." Die Bedeutung dieser Klausel erschöpft sich in der Festsetzung der Vorleistungspflicht des Käufers Zug um Zug gegen Übergabe der Verladungsurkunden. Verweigert Käufer die Zahlung, so braucht Verkäufer nicht Beweis für die Vertragsmäßigkeit der Ware anzutreten; doch kann der Käufer unter Berufung auf jede Art von Beweismitteln Gegenbeweis dafür antreten, daß sie nicht vertragsmäßig sei (RG. 31 100, 47 132, 59 25, 61 350). Ergibt sich demnächst, daß sie nicht vertragsmäßig ist, so bestand niemals eine Zahlungsverpflichtung des Käufers, letzterer war daher nie in Zahlungsverzug (RG. 59 25). „Kasse (oder Akzeptleistung) gegen Konnossement" und ähnliche Klauseln, die zum Ausdruck bringen, daß der Verkäufer die Verfügung über die Ware nur gegen Barzahlung oder Akzeptierung eines Wechsels aufgeben will, sind dahin auszulegen, daß das Geschäft abgesondert von allen anderen Geschäften derselben Parteien behandelt werden und Aufrechnung ausgeschlossen sein soll (OLG. Hamburg 1 XI 89 ZHR. 38 218). Vgl. „Zahlung gegen Auslieferungsdokumente", „Dreimonatsakzept gegen Verladungsdokumente". Über Hinzufügung der ferneren Abrede: „Bei Streitigkeiten darf weder Entgegennahme der Ware noch Zahlung verweigert werden, sondern nachdem diese erfolgt, sollen Schiedsrichter entscheiden", vgl. „Arbitrage".

„Kasse mit 3%" ohne weiteren Zusatz bedeutet, daß die Kaufsumme mit jenem Skontoabzug sofort zu zahlen ist; der Käufer hat nicht das Recht, unter Verzicht auf den Skonto ein längeres Ziel zu wählen (BerlHandelsgebr. 1 97, BreslHandelsgebr. 98).

„Kasse nach 30 Tagen" ist im Verkehr mit dem Ausland dahin zu verstehen, daß

die Frist mit dem Datum der Rechnung beginnt, die Rechnung aber vom Tag der Absendung datiert und an diesem Tag abgeschickt wird (BerlHandelsgebr. 1 117).

„Kasse nach 30 Tagen mit 2% Skonto" bedeutet im Zweifel, daß nur für den Fall der Barzahlung binnen 30 Tagen der Skonto gekürzt werden darf (BerlHandelsgebr. 1 117, OLG. Hamburg 4 XII 03 OLGRspr. 8 57; vgl. jedoch RG. 20 X 03 JW. 421[8]). Sehr hohe Skonti sprechen jedoch dafür, daß der Skonto als Warenskonto gemeint ist (vgl. Dove-Apt 113ff.). Vgl. Skonto.

„Kasse nach 30 Tagen 2% Skonto oder Dreimonatsakzept netto." Die Abrede gibt dem Käufer das Recht, bis zum Ablauf der 30 Tage ein der Abrede entsprechendes Akzept einzusenden; ist dies bis dahin nicht geschehen, so ist dies Recht verwirkt und Zahlung sofort fällig (OLG. Dresden 7 IV 04 OLGRspr. 9 284; dagegen Zander GruchotsBeitr. 49 780, der unbedingte Stundung auf die volle Zeit und daneben eine selbständige Verpflichtung zur Akzepthingabe annimmt). Für die ähnliche Klausel „Ziel 3 Monat netto gegen unsere Tratte oder Kasse innerhalb 30 Tagen mit 1½% Skonto" wurde angenommen, daß der Empfänger das dreimonatliche Ziel nicht schon verwirke, wenn er vor Ablauf der 30 Tage nicht ein Akzept einsende oder nicht Trassirung verlange, sondern erst, wenn er innerhalb der 30 Tage nicht zahle und nachher die ihm vorgelegte Tratte nicht akzeptiere (BerlHandelsgebr. 2 1). Vgl. „Bei Kasse usw."

„Kundenrimessen." Ist bedungen, daß Kundenrimessen in Zahlung zu nehmen sind, so sind Wechsel verstanden, denen ein wirkliches Schuldverhältnis zu grund lag. Ferner muß im Zweifel der Wechsel die Unterschrift des Kunden tragen; nicht genügt (was OLG. Zweibrücken 22 V 01 OLGRspr. 3 208 annimmt), daß auf den Kunden nur gezogen ist (LG. I Berlin 1 XII 05 KGBl. 06 1). Endlich müssen die Kunden von einer für den betreffenden Geschäftsbetrieb durchschnittlichen Güte sein, Wechsel nicht borgwürdiger Kunden können zurückgewiesen werden (Brückmann in KGBl. 06 1).

„nach Besicht" vgl. Anhang zu § 377 Anm. XIc 2.

„nach Bequemlichkeit", „nach Belieben" s. „Zahlung sobald möglich."

„nach 3 Monaten Dreimonatsakzept" s. „Kasse nach 30 Tagen 2% Skonto oder Dreimonatsakzept."

„netto Kasse" bedeutet, daß Zahlung ohne Skontoabzug zu erfolgen hat, nicht auch, daß der Kaufpreis durch Nachnahme erhoben werden darf (BerlHandelsgebr. 1 96, BreslHandelsgebr. 99, OLG. Dresden 9 X 03 OLGRspr. 8 56). In jener Klausel liegt keine Gewährung einer Stundung (BerlHandelsgebr. 1 96); vielmehr kann Leistung Zug um Zug verlangt werden (BerlHandelsgebr. 1 244). Vgl. „rein netto".

„netto Kasse gegen Konnossement" vgl. Kasse gegen Verladungsdokumente.

„netto ohne Säcke" bedeutet, daß die Säcke, in denen die Ware geliefert wird, zurückzuliefern sind (BerlHandelsgebr. 1 151).

„nicht an Order" vgl. § 363 Anm. VIId 2.

„nur für Seegefahr" vgl. § 849, RG. 25 94, 47 179.

„nur zur Spedition" vgl. § 363 Anm. VIId 4.

„offenes Ziel". Hierunter wird verstanden, daß die Schuld nach Ablauf einer bestimmten Frist zu begleichen ist, ohne daß der Schuldner verpflichtet wäre, schon vorher ein bei Ablauf dieses Ziels fälliges Akzept zu übergeben.

„per 100 Kilo netto." Diese Klausel hat nur die Bedeutung, daß der Kaufpreis für das bezeichnete Gewicht verkaufter Ware ohne Verpackung zu berechnen ist; sie entscheidet nicht darüber, wer die Beförderungskosten zu tragen hat, und wo Erfüllungsort ist (BreslHandelsgebr. 637, 160).

„per Kasse". Ist dies bedungen, so hat am Erfüllungsort Zug um Zug gegen Übergabe Barzahlung zu erfolgen (BreslHandelsgebr. 95, vgl. BerlHandelsgebr. 1 97).

„Probesendung", „Probeflasche" in der Redewendung: „Senden Sie mir eine P. von so und so viel Kilo" hat im Zweifel die Bedeutung eines Antrags zu festem Kauf (BerlHandelsgebr. 2 100).

„Regulierung durch Appoints." Diese Klausel gewährt das Recht, statt Barzahlung Wechsel auf das Inland, die spätestens drei Monat nach dem Verfalltag fällig sind, in Höhe des Forderungsbetrags ohne Zinsvergütung einzusenden (Handelsk. Berlin 2 XII 05 KGBl. 06 24). Vgl. „Bei Kasse usw."

„rein netto" bedeutet, daß ohne Kürzung zu zahlen ist, gibt dagegen keinen Anhalt dafür, ob sofort zu zahlen oder Stundung bewilligt ist (BreslHandelsgebr. 97). Vgl. „netto Kasse".

„Reklamationen werden nur innerhalb 8 Tagen nach Empfang berücksichtigt." Diese Klausel ist nicht im Sinn einer Verlängerung der Anzeigefrist über die im Einzelfall kürzere gesetzliche hinaus (§ 377 Anm. IX c 2), sondern nur im Sinn einer Höchstbegrenzung der gesetzlichen Anzeigefrist gemeint (OLG. Hamburg 10 V 00 OLGRspr. 1 247). Ob eine solche Höchstbegrenzung wirksam durch Aufdruck auf Kommissionskopie oder Rechnung festgesetzt werden kann, vgl. oben Anm. III a 4. Die Verjährungsfrist wird durch die Klausel nicht geändert; ist die Anzeige innerhalb der laut Klausel vereinbarten Frist erstattet, so kann auch nach deren Ablauf der Anspruch innerhalb der Verjährungsfrist verfolgt werden (RG. 3 II 06 JW. 206 [20]).

„Rembours auf A" bedeutet, daß A (in der Regel durch Hergabe seines Akzepts) Sicherheit leisten soll für die Erfüllung der Verpflichtung seitens eines hinsichtlich seiner Borgwürdigkeit nicht genügend bekannten Käufers (RG. 31 118).

„Retourwaren werden ohne vorherige Genehmigung nicht angenommen." Über die Bedeutung dieser Klausel vgl. ROH. 6 77.

Schiedsgericht vgl. „Arbitrage".

„S. E. et O." = salvis erroribus et omissionibus. Diese Klausel enthält nur den Vorbehalt, daß irrtümliche Buchungen und Auslassungen weder dem Aussteller der Rechnung noch dem Empfänger zum Nachteil gereichen sollen, hebt aber im übrigen die Wirkung der Rechnungsübersendung oder Überschußfeststellung nicht auf (ROH. 3 426, 11 276).

„Skonto von 4% bei Barzahlung." Hierin liegt nicht die Ermächtigung für den Käufer, unter Verzicht auf den Skontoabzug Stundung zu verlangen (BreslHandelsgebr. 124). Vgl. „Zahlbar".

„sofort" hat unter Umständen nur die Bedeutung von „innerhalb kurzer Frist" (ROH. 4 354).

„täglich" s. „und täglich".

„tel quel". Nach RG. 19 31 hat diese Klausel die Bedeutung, daß der Verkäufer auch die schlechteste Art der näher bedungenen Warengattung liefern darf; doch muß sie als ordentliches Kaufmannsgut verladen und darf nicht beschädigt, verdorben oder ungesund sein; in einzelnen Handelszweigen ist aber sogar eine weniger bedeutende Schadhaftigkeit oder Verdorbenheit durch die Klausel gedeckt. Hiergegen Schlodtmann in ZHR. 38 353 ff. und ihm folgend Staub § 360 Anm. 3. Die ergangenen Entscheidungen sind zusammengestellt und ausführlich beurteilt von Boden in ZHR. 51 339 ff. Fernere Literaturangaben bei Zander GruchotsBeitr. 49 580. Nach Boden liegt in dem Kauf unter der Klausel ein gewagter Kauf mit Begrenzung des Wagnisses auf die unberechenbaren Zufälligkeiten, denen die Auswahl und Behandlung der Ware in den überseeischen Ursprungsländern ausgesetzt ist; dagegen haftet nach ihm der Verkäufer für andersartige Zufälle und auch für sorgfältige Vornahme derjenigen Lieferungstätigkeiten, die von seiner Willkür abhängen. Das Reichsgericht (3 VI 02 JW. 398 [33]) ließ Lieferung der schlechtesten Art selbst in einem Fall zu, in dem im Schlußschein 3 Güten unterschieden waren, die Gütebezeichnung im Schlußschein aber nur auf die Bezeichnung, die der überseeische Gerber der Ware geben würde, Bezug nehmen sollte. Sind dem Verkäufer bei Kaufabschluß besondere Umstände bekannt, die erheblich sind für die Beschaffenheit der verkauften Waren, so ist er verpflichtet, sie dem Käufer mitzuteilen (RG. 4 VII 94 JW. 95 16 [41]). Doch liegt noch keine Arglist vor, wenn der Verkäufer nur mit Rücksicht auf häufige Unzuverlässigkeit der Angaben seiner überseeischen Ablader nicht sicher auf die Güte der Waren vertraute (RG. 3 VI 02 JW. 398 [33]). Das Reichsgericht (4 VII 94 JW. 95 16 [40]) nimmt

an, daß den Käufer die Beweislast dafür treffe, daß eine an der Ware vorgefundene Beschädigung nicht in der Weise entstanden ist, daß sie durch die Klausel gedeckt werde.

„Transito". Bei Kauf einzuführender Waren hat dies die Bedeutung, daß Käufer den Zoll tragen soll; bei Kauf auszuführender Waren, daß es sich um eine Warengattung handelt, für die das Deutsche Reich eine Ausfuhrvergütung durch Erteilung eines „Einfuhrscheins" gewährt (BreslHandelsgebr. 162), bei Speditionsauftrag, daß es sich um eine unverzollt durch Deutschland zu spedierende Ware handelt (BreslHandelsgebr. 196).

„übliche Wechselspesen". Hierunter sind in der Regel nur Wechselstempel und etwaige Domizilprovisionen und Provisionen für Einholung des Akzepts, nicht aber der Wechseldiskont verstanden (BerlHandelsgebr. 1 124).

„und täglich" als Zusatz zu einer bedungenen Leistungszeit bedeutet, daß dem Käufer das Recht zustehen soll, die Leistung schon vor jener Leistungszeit zu verlangen (RG. 47 112).

„Valuta" s. „Wert".

„Verfügung" s. „zur Verfügung stellen".

„Verschiffung von Japan". In dieser Bestimmung ist im Zweifel auch eine Zusicherung über den Ursprung der zu verschiffenden Ware zu erblicken (OLG. Hamburg 2 XI 00 OLGRspr. 2 280).

„Vertrauensspesen". Hierunter werden die nicht im einzelnen zu verrechnenden, nicht voraus in festem Satz bedungenen angemessenen Ausgaben verstanden, die der Reisende für die mit der Reise verbundenen notwendigen Aufwendungen und einen angemessenen Lebensunterhalt sowie für die Repräsentation während der Reise tatsächlich gehabt hat (BreslHandelsgebr. 25, 26). Wie bei Streit über die Höhe der geforderten Vertrauensspesen die Beweislast zu verteilen, vgl. § 59 Anm. III a 4.

„Vertreter" bezeichnet im kaufmännischen Sprachgebrauch nicht immer einen Bevollmächtigten sondern oft einen bloßen Interessenvertreter ohne Vollmacht (OLG. Hamburg 22 V 05 OLGRspr. 11 28).

„vorläufig taxiert" bei Versicherungspolicen vgl. § 793.

„Warenskonto" bedeutet eine Kürzung des Kaufpreises, die trotz Überschreitung des Ziels bestehen bleibt (BerlHandelsgebr. 1 116), unbeschadet des Rechts auf Zinsen seit Fälligkeit (§ 353) vom gekürzten Kaufpreis.

„Wert 1. August" bedeutet, daß die bedungene Borgfrist am 1. August, „Wert August", daß sie am 31. August anfängt (BerlHandelsgebr. 1 92, BreslHandelsgebr. 96).

„wie die Ware fällt" ist gleichbedeutend mit „tel quel" (JW. 95 16[40]).

„wie es steht und liegt" vgl. Anhang zu § 377 Anm. XI c 2.

„wie gehabt". Der mit dieser Klausel abgeschlossene Kauf ist „Kauf nach Probe" (Zander GruchotsBeitr. 49 581).

„zahlbar at current exchange" vgl. „at current exchange".

„zahlbar Berlin" bedeutet, daß Berlin Erfüllungsort für den Zahler sein soll, nicht etwa nur, daß er verpflichtet sein soll, das Geld auf seine Gefahr nach Berlin zu übermitteln (RG. 25 II 01 KGBl. 52).

„Zahlbar innerhalb 30 Tagen mit 2% Skonto" vgl. „Kasse nach 30 Tagen mit 2% Skonto".

„Zahl, Maß, Gewicht unbekannt". Vgl. §§ 655, 656.

„Zahlung gegen Auslieferungsdokumente nach Ankunft des Schiffs." Wie bei der Klausel „Kasse gegen Verladungsdokumente" (s. diese), ist auch hier der Gegenbeweis mangelhafter Beschaffenheit, insbesondere betrüglicher Packung (RG. 47 145) zulässig.

„Zahlung: Kasse" oder „Zahlungsziel: Kasse" enthält ausdrücklichen Ausschluß eines Zahlungsziels (BerlHandelsgebr. 1 244, OLG. Hamburg 28 X 01 OLGRspr. 4 26). Wann dann Fälligkeit der Zahlung eintritt, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I.

„Zahlung sobald möglich" oder „nach Bequemlichkeit". Eine derartige Bedingung ist als Gewährung einer billigen, gegebenenfalls durch den Richter zu ermessenden Frist aufzufassen (ROH. 2 185, RG. 34 19, 40 200, 42 153). Ist ein „Besserungs-

schein" erteilt, so begründet dieser im Zweifel eine rechtliche, nicht nur eine sittliche Verpflichtung (RG. 3 III 88 GruchotsBeitr. 32 1121 und bei Bolze 5 Nr. 207); der Gläubiger hat nur zu beweisen, daß Schuldner wieder Vermögen erworben hat; Sache des Schuldners ist es, darzutun, daß er aus besonderen Gründen nicht in der Lage sei, Zahlung zu leisten, z. B. wegen Gefährdung des für sich und seine Familie notwendigen Unterhalts, wegen Mangels an Zahlungsmitteln, Vorhandenseins anderer dringender Schulden u. dgl. (RG. 28 180). Der Gläubiger braucht nicht unter allen Umständen zu warten, bis der Schuldner sich so viel erspart hat, daß ihm trotz Rückzahlung ein Betriebsfonds verbleibt (ROH. 14 159). Ist infolge Besserung der Vermögensverhältnisse des Schuldners dessen Verpflichtung zur Zahlung einmal eingetreten, so erlischt sie nicht wieder durch erneute Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse (Bolze 10 Nr. 196). Im Zweifel enthält die Abrede keine Umschaffung des Schuldverhältnisses, sondern nur eine Stundung; die Verjährung ist daher (BGB. § 202) in der Zwischenzeit nur gehemmt, und die ursprüngliche Verjährungsfrist beginnt weiter zu laufen von dem Zeitpunkt an, in welchem die Besserung der Vermögensverhältnisse eingetreten ist und der Gläubiger Kunde hiervon erhalten hat (RG. 12 VI 06 JW. 458 [10]).

„Ziel 3/3 Monat." Hierunter wird verstanden, daß drei Monat nach Lieferung ein nach weiteren drei Monaten fälliges Akzept zu geben ist (BreslHandelsgebr. 96). Ob die Schuld sofort fällig wird, wenn nach Ablauf der ersten 3 Monate das Akzept nicht eingesandt wird, vgl. zur Klausel „Kasse nach 30 Tagen 2% Skonto oder Dreimonatsakzept."

„Ziel 3 Monat". Der Lauf der dreimonatlichen Frist beginnt im Zweifel mit Absendung der Ware (ROH. 2 377, 6 168; vgl. jedoch BerlHandelsgebr. 1 91 ff., BreslHandelsgebr. 101 ff.).

„Ziel 3 Monat mit 4% Diskont für bare Kasse" wurde in einem Fall, in dem Gründe für die Absicht der Gewährung als Warenskonto sprachen, dahin ausgelegt, daß der Käufer den Diskont nicht schon durch Überschreitung des Ziels, sondern nur dadurch verliert, daß er in anderer Weise als durch Barzahlung erfüllt, z. B. durch Hingabe von Wechseln oder seines Akzepts (BerlHandelsgebr. 1 114).

„Ziel 3 Monat netto gegen unsere Tratte oder Kasse innerhalb 30 Tagen mit 1½% Skonto" vgl. „Kasse nach 30 Tagen 2% Skonto oder Dreimonatsakzept netto".

„zur Auswahl." Sind auf Bestellung Waren zur Auswahl gesandt, so hat der Besteller die Kosten für Rücksendung der Waren zu tragen (Bresl. Handelsgebr. 86), außer wenn er einen Teil behält (aaO. 88).

„zur Verfügung stellen". Dieser Ausdruck ist mehrdeutig. Darunter kann lediglich ein Angebot der Besitz- oder Eigentumsübertragung gemeint sein (so z. B. RG. 46 198), auch ohne jeden Zusammenhang mit erfolgter Lieferung oder Mängelrüge. Besonders häufig aber wird der Ausdruck verwendet im Sinn des Angebots einer Rückübertragung von Besitz oder Eigentum im Anschluß an die Nichtgenehmigung einer erfolgten Lieferung. Doch wird diese Bedeutung nicht immer streng festgehalten, und der Ausdruck hat unter Umständen außer jener Grundbedeutung gleichzeitig noch eine weitergehende. Er bedeutet unter Umständen „Ablehnung der Annahme einer Eigentumsübertragung", in der Regel nach erfolgter Besitzübertragung (so z. B. OLG. Hamburg ZHR. 40 495 und anscheinend Staub § 373 Anm. 5 und RG. 17 68; vgl. § 373 Anm. V b 2). Unter anderen Umständen bedeutet er „Erhebung des Wandlungsanspruchs" (so z. B. Staub § 377 Anm. 77, auch Anm. 22; ebenso wohl RG. 27 396), selbst nach erfolgter Eigentumsübertragung (so z. B. D. 211). Auch können im Einzelfall gleichzeitig beide Erklärungen (Ablehnung der Annahme von Besitz oder Eigentum und Wandlungsverlangen) damit gemeint sein. In anderen Fällen wieder (auch nach erfolgter Eigentumsübertragung) kann darunter die Erklärung, daß Käufer sich die bewirkte Leistung nicht gefallen lassen wolle (§ 377 Anm. VI a 2), verstanden sein, ohne daß damit bereits ein Wandlungsverlangen ausgesprochen sein soll (so z. B. Staub § 377 Anm. 96).

c. **Benutzung des Telegraphen.** In der Benutzung des Telegraphen liegt kein Verschulden, da

die Benutzung allgemein üblich ist; ein wörtliches Zurücktelegraphieren ist nicht gebräuchlich (RG. 28 17), wohl aber schriftliche Bestätigung des Wortlauts. Bei überseeischen Geschäften können in häufigeren Fällen telegraphische Erklärungen erwartet werden; so unter Umständen die Mitteilung der Ausführung eines telegraphisch erteilten Auftrags (ROH. 23 375), in der Regel auch die bei überseeischen Großgeschäften erfolgende Mängelanzeige (vgl. RG. 3 I 00 JW. 157[22], 8 VII 02 JW. 425[32]) und das im überseeischen Lande erfolgende Wandlungsverlangen bezüglich einer nach dort versandten Ware. Auch der Umstand, ob die Gegenpartei zu ihren Mitteilungen den Telegraphen benutzt oder ein besonderes Interesse an beschleunigter Benachrichtigung erkennbar macht, kann erheblich sein (ROH. 4 208). Dagegen folgt eine Verpflichtung zu telegraphischer Erklärung des Wandlungsverlangens noch nicht aus dem Umstand allein, daß das ursprüngliche Geschäft auf telegraphischem Weg abgeschlossen war (RG. 3 I 00 JW. 157[22]). Handelt es sich um ein Fixgeschäft bezüglich einer Ware, die starken Preisschwankungen unterliegt, so werden Nachrichten, die für den anderen Teil unerwartet kommen müssen, in vielen Fällen mit größerer Beschleunigung als durch gewöhnlichen Brief zu übermitteln sein. So z. B. bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 362 die Ablehnung eines Antrags auf Ausführung eines Börsengeschäfts für einen Dritten (Lehmann § 362 Nr. 9). Auch für Rückversicherungsangebote bei Seeversicherung wurde, wenn der Antrag seitens einer Versicherungsgesellschaft an eine andere diesen Geschäftszweig betreibende Versicherungsgesellschaft gerichtet war, telegraphische Benachrichtigung im Fall der Ablehnung als dem Geschäftsgebrauch entsprechend und daher erforderlich angesehen (ROH. 10 378).

d. **Fristsetzung für Annahme von Vertragsangeboten.** Im Zweifel ist die Fristsetzung dahin auszulegen, daß sie den Zeitpunkt angibt, bis zu dem die Annahmeerklärung bei dem Anbietenden eintreffen müsse, nicht den, bis zu welchem der Annehmende sie abzusenden habe (RG. 43 80, 53 61, OLG. Hamburg 10 III 02 OLGRspr. 6 36). Bei einem Zweifel, wie die Fristsetzung gemeint war, ist maßgebend die Auslegung, welche der Fristsetzer mit seiner Erklärung verband, und Sache des Annehmenden ist es, mit der ihm erkennbaren Zweifelhaftigkeit zu rechnen (RG. 53 60). Anders nur, wenn im Einzelfall die Absendung einer zweideutigen Fristsetzung gegen Treu und Glauben verstieß (RG. 53 60). Da grundsätzlich die Absicht des Fristsetzers maßgebend ist, so ist die an *seinem* Niederlassungssitz bestehende Verkehrssitte für die Auslegung seiner Erklärung maßgebend; anders nur, wenn er wußte, daß am Niederlassungssitz des Angebotsempfängers eine gegenteilige Verkehrssitte bestand (RG. 53 62). Ob die Annahmeerklärung vor Schluß der Geschäftszeit eintreffen muß, vgl. § 358 Anm. IV. Über den Fall verspäteten Eintreffens trotz rechtzeitiger Absendung bestimmt BGB. § 149.

II. Sorgfaltspflicht (§ 347).

§ 347.

Wer aus einem Geschäfte, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem Anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, hat für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen.

Unberührt bleiben die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, nach welchen der Schuldner in bestimmten Fällen nur grobe Fahrlässigkeit zu vertreten oder nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

ADH. Art. 282. **Entw. I** § 319. **Entw. II** § 338.

I. Verhältnis zu BGB. §§ 276—278.
II. Sorgfaltspflicht aus Handelsgeschäft des Pflichtigen.
III. Verpflichtung, für Sorgfalt ordentlichen Kaufmanns einzustehen.
IV. Fälle einer Verpflichtung zu anderem Sorgfaltsmaß.

I. Verhältnis des § 347 zu BGB. §§ 276—278.

a. **Die §§ 276—278 BGB.** lauten:

§ 276. „Der Schuldner hat, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt. Die Vorschriften der §§ 827, 828" (betreffen Unzurechnungsfähige, Minderjährige, Taubstumme) „finden Anwendung.

Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden."

§ 277. „Wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit."

§ 278. „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 2 findet keine Anwendung."

In diese Regeln greift § 347 HGB. nicht ein; sie kommen daher auch für den in § 347 vorausgesetzten Fall sämtlich neben § 347 zur Anwendung mit Ausnahme des BGB. § 276 Abs. 1 Satz 2, welchen § 347 ersetzt, ohne von ihm sachlich abzuweichen (unten Anm. Ic).

b. **Bedeutung der Worte „zur Sorgfalt verpflichtet ist" in § 347 Abs. 1 HGB.**

Der dem jetzigen § 347 Abs. 1 entsprechende frühere Art. 282 ADH. lautete:

„Wer aus einem Geschäft, welches auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, muß die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anwenden."

Er sollte (M. 106, P. 409) bedeuten, daß der Maßstab der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzutreten habe, wo überhaupt eine Pflicht zur Sorgfalt im bürgerlichen Recht anerkannt sei, also selbst dann, wenn nach den betreffenden Rechtsvorschriften der Schuldner an sich nur für grobes Verschulden haften würde oder nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hätte, die er gewöhnlich in eigenen Angelegenheiten anwendet (D. 194, ROH. 7 328, 22 411). Die Denkschrift 194 setzt nun voraus, daß der § 347 Abs. 1 dieselbe Tragweite habe wie der frühere Art. 282 ADH. und betrachtet dann den § 347 Abs. 2 als eine mit Rücksicht auf bessere Anpassung an das BGB. hinzugefügte Ausnahme von § 347 Abs. 1. Folgt man dem Gedankengang der Denkschrift, so würden die Worte „zur Sorgfalt verpflichtet ist" in § 347 Abs. 1 gleichbedeutend sein mit „entweder Fahrlässigkeit oder nur grobe Fahrlässigkeit oder Fahrlässigkeit wie in Eigenem zu vertreten hat", und § 347 Abs. 2 würde dann die beiden letzteren Möglichkeiten wieder aus dem Anwendungsgebiet des § 347 Abs. 1 ausscheiden.

Einfacher, mit dem Wortlaut des § 347 gleich gut verträglich, sachlich zu besserem Ergebnis führend, weil auch die unten Anm. IVf erwähnten Fälle berücksichtigend, und das Verständnis, wie § 347 in die Vorschriften des BGB. einzureihen, erleichternd ist es, in § 347 Abs. 1 die Worte „zur Sorgfalt verpflichtet ist" von vornherein als gleichbedeutend nur mit „Fahrlässigkeit zu vertreten hat" aufzufassen und im § 347 Abs. 2 die Abwehrung eines möglichen Mißverständnisses zu erblicken; dann enthält nur § 347 Abs. 1 die Bestimmung, auf die es ankommt, und § 347 Abs. 2 hat daneben keine selbständige Bedeutung.

c. **Verhältnis des § 347 HGB. zu § 276 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB.** Nach D. 194 erhält die Regel des BGB. § 276 Abs. 1 Satz 1, 2 durch HGB. § 347 „für den Handelsverkehr einen bestimmteren Inhalt". In Wahrheit gibt HGB. § 347 dem **Satz 1** BGB. § 276 Abs. 1 keinen bestimmteren Inhalt, behandelt vielmehr eine ganz andere Frage; denn BGB. § 276 Abs. 1 Satz 1 bestimmt darüber, in welchem Fall jemand zur Sorgfalt verpflichtet ist, HGB. § 347 dagegen setzt voraus, daß eine solche Verpflichtung vorliegt (unten Anm. IIc). Nur zu **Satz 2** BGB. § 276 Abs. 1 steht HGB. § 347 in einem Verhältnis, wie es die Denkschrift andeutet. Ersterer bestimmt den Begriff der Fahrlässigkeit dahin, daß sie das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sei, und der § 347 HGB. fügt ergänzend hinzu, daß für denjenigen, auf dessen Seite ein Handels-

geschäft vorliege, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bestehe. Das Verhältnis des HGB. § 347 zu BGB. § 276 Abs. 1 Satz 2 ist daher dasselbe wie dasjenige des HGB. § 346 zu BGB. §§ 157, 242 (oben § 346 Anm. II a): in beiden Fällen wird im HGB. hervorgehoben, wie die betreffenden Regeln des BGB. in ihrer Anwendung auf den Handelsverkehr sich stellen, wobei irgend eine sachliche Abweichung von jenen Regeln nicht erkennbar ist und wohl auch nicht hat bestimmt werden sollen.

II. **Sorgfaltspflicht aus Geschäft, das auf Seite des Sorgfaltspflichtigen Handelsgeschäft** (§ 347 Abs. 1 Vordersatz).

a. **Geschäft, das Handelsgeschäft ist.** Handelsgeschäft vgl. §§ 343, 344. Geschäft = Rechtsgeschäft (§ 343 Anm. II a). Über auftragslose Geschäftsführung vgl. unter Anm. IV c. Liegt kein Handelsgeschäft oder nicht einmal ein Rechtsgeschäft vor, so kommt § 347 nicht zur Anwendung; doch kann auch in einem solchen Fall aus allgemeinen Grundsätzen eine Haftung aus Sorgfaltsverletzung unter Umständen ableitbar sein (Lehmann Nr. 2). So ist z. B. angenommen worden (RG. **35** 327), daß ein Kaufmann nicht nur in Vertragsverhältnissen, sondern ganz allgemein jedem Dritten gegenüber auch außervertraglich dafür hafte, daß er seinen Verkehr mit der Post so eingerichtet habe, daß hierdurch die durch die gewöhnlichen postlichen Einrichtungen gewährleistete Sicherheit der Bestellung nicht beeinträchtigt werde. Nur die allgemeinen Grundsätze (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. V 4) sind auch anzuwenden, wenn in Frage kommt, welche Sorgfalt beim Abschließen eines Geschäfts aufgewendet werden muß. Dagegen wird die Anwendbarkeit des § 347 nicht notwendig durch das Vorliegen einer unerlaubten Handlung ausgeschlossen (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. V 7), vielmehr kann auch in solchem Fall § 347 neben den Vorschriften des BGB. zur Anwendung kommen, denn auch ein unerlaubtes Geschäft kann unter Umständen Rechtsgeschäft (§ 343 Anm. II a 2) und Handelsgeschäft (vgl. z. B. BörsG. § 51, HGB. § 125 Anm. I d) sein.

b. **Auf Seite des Sorgfaltspflichtigen.** Der § 347 bestimmt nur über die Verpflichtung, welche denjenigen trifft, auf dessen Seite das Geschäft Handelsgeschäft ist (P. 1309, RG. **40** 55). Hiernach gilt also hier eine Abweichung von der Regel des § 345, nach welcher letzteren die Vorschriften über Handelsgeschäfte auch für denjenigen zur Anwendung kommen, auf dessen Seite das Geschäft Nichthandelsgeschäft ist (§ 345 Anm. III; dagegen Bundesratskommissar in KB. 100). Nur dann findet § 347 auf beide Teile Anwendung, wenn das betreffende Geschäft für beide Teile Handelsgeschäft ist und beiden Teilen eine Sorgfaltspflicht obliegt. — Da ein Handelsgeschäft auf Seite des Sorgfaltspflichtigen vorausgesetzt ist, muß dieser stets Kaufmann sein (§ 343 Anm. II b, Staub Anm. 1).

c. **Sorgfaltspflicht.** Über die Bedeutung der Worte „zur Sorgfalt verpflichtet ist" vgl. oben Anm. I b. Da nur die Folgen der Sorgfaltsverletzung geregelt werden sollen, so fallen nicht unter § 347 die Vorschriften über Gefahr- (d. h. Zufalls-)tragung bei Verträgen (Lehmann Nr. 1). Eine Sorgfaltspflicht ist als vorhanden vorausgesetzt. Ob eine solche Pflicht im Einzelfall überhaupt besteht, kann daher nicht aus § 347 abgeleitet werden, ist vielmehr aus den für das betreffende Rechtsgeschäft anderweit bestehenden Vorschriften zu entnehmen (Staub Anm. 2).

III. **Verpflichtung, für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen** (§ 347 Abs. 1 Nachsatz).

a. **Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.** Dies ist nicht als ein in sich unveränderlicher Maßstab gemeint; vielmehr sollte hiermit nur ausgedrückt werden, daß diejenige Sorgfalt aufgewendet werden solle, welche von einem ordentlichen Gewerbetreibenden in derjenigen gewerblichen Stellung (z. B. Minder-, Klein-, Großkaufmann) und demjenigen Handelszweig, denen die jeweils in Frage stehende Person angehöre, erwartet werden dürfe (P. 1309, Hahn Art. 282 § 2, Düringer-Hachenburg Anm. III). Ein besonders hoher Grad der Sorgfalt ist daher zu fordern in Gewerbebetrieben, bei denen der Sorgfaltspflichtige als Vertrauensperson seinem Kunden gegenübersteht; so z. B. bei dem Betrieb von Auskunfteien (vgl. Bolze **19** Nr. 488) und bei

Empfehlung des Bankiers betreffs An- oder Verkaufs von Papier (RG. 26 V 00 JW. 567[6], § 384 Anm. IIb). Besondere Umstände können zu besonderen Vorsichtsmaßregeln verpflichten; so z. B. eine Störung der Beförderungsverhältnisse im Krieg (ROH. 15 177), das Inaussichtstehen eines Ausstands (RG. 28 223), oder ein gegründeter Verdacht, daß eine abgesandte Botschaft nicht angekommen sei (ROH. 23 375). — An anderen Stellen des HGB. (§§ 202—204, 241, 249) ist auf die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns" Bezug genommen, weil in jenen Fällen der Sorgfaltspflichtige nicht notwendig Kaufmann ist. Vgl. ferner § 429 „Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers", § 497 „Sorgfalt eines ordentlichen Reeders", §§ 511, 653 „Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers", §§ 559, 606 „Sorgfalt eines ordentlichen Verfrachters".

b. **Verpflichtung, einzustehen.** Dies ist gleichbedeutend mit der im BGB. § 276 ausgesprochenen Verpflichtung, Fahrlässigkeit „zu vertreten". Aus der Fahrlässigkeit (Sorgfaltsverletzung) an sich ergeben sich keine Folgen für den Fahrlässigen; ebensowenig aus der Vertretungspflicht an sich (ebenso Staub Posit. Vertragsverl. 7, 34 gegen RG. 52 19). Nur wenn die Fahrlässigkeit ursächlich für bestimmte Wirkungen geworden ist, entstehen weitere Folgen. Und zwar verschiedene Folgen je nach der eintretenden Wirkung; mitunter auch gleichzeitig mehrere Folgen, sei es nebeneinander, sei es wahlweise. Für bestimmte einzelne Fälle enthält das BGB. zerstreut Vorschriften darüber, welche Folgen eintreten. Das BGB. ordnet aber nicht alle Fälle; insbesondere können zur Ergänzung der Lücke nicht etwa die Vorschriften des BGB. §§ 823 ff. herangezogen werden (Planck[2] Buch II Tit. 25 Vorbem. II, RG. 53 201). Zahlreichen Bestimmungen des BGB. liegt aber unausgesprochen der Gedanke zu grund, daß — mangels anderweiter Festsetzung — eine zu vertretende Fahrlässigkeit die Pflicht zur Folge hat, einen infolge derselben eintretenden Schaden zu ersetzen (Staub Anm. 11 und Staub Posit. Vertragsverl., RG. 53 201). — Daß derjenige, welcher die ihm obliegende Pflicht zur Sorgfalt verletzt, den infolgedessen gerade im einzelnen Fall wirklich eingetretenen schadenbringenden Erfolg vorausgesehen hat oder voraussehen mußte, ist zur Begründung der ihm wegen Vernachlässigung der Sorgfalt obliegenden Ersatzpflicht nicht erforderlich (RG. 13 66, RG. 4 XI 03 JW. Beil. 142[213]). Über den Inhalt der Schadensersatzpflicht bestimmt BGB. §§ 249 ff. Insbesondere sind auch für das von HGB. § 347 beherrschte Gebiet die aus BGB. § 254 sich ergebenden Einschränkungen bei eigenem Mitverschulden des Verletzten maßgebend.

IV. **Fälle einer Verpflichtung zu anderem Maße von Sorgfalt** (§ 347 Abs. 2).

a. **Verhältnis des § 347 Abs. 2 zu Abs. 1.** Vgl. oben Anm. Ib. Aus diesem Verhältnis folgt, daß die in § 347 Abs. 2 erwähnten nicht die einzigen unberührt bleibenden Vorschriften über das Maß der Sorgfaltspflicht sind.

b. **„Die Vorschriften des BGB. . ."** sind in Abs. 2 als unberührt erwähnt; dasselbe gilt jedoch auch von etwaigen Vorschriften anderer Gesetze über dieselben Gegenstände (ebenso Staub Anm. 8; vgl. D. 194).

c. **Fälle, in denen nur grobe Fahrlässigkeit zu vertreten ist,** sind bestimmt in BGB. §§ 300 (Schuldner während Verzug des Gläubigers), 521, 523, 524 (Schenker), 599 (Verleiher), 680 (Geschäftsführung ohne Auftrag zwecks Abwendung dem Geschäftsherrn drohender dringender Gefahr), 968 (Finder). Ein die Fahrlässigkeit so begrenzender Vertrag ist wirksam (vgl. BGB. § 276 Abs. 2; Ausnahme in HGB. § 471). — Bezweckte die auftragslose Geschäftsführung nicht die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr, so ist nach allgemeiner Regel für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen. So z. B., wenn in solchem Fall der Verkäufer gelegentlich Versendung des Guts weitergehende Verrichtungen vornimmt, als wozu er verpflichtet war (vgl. RG. 8 XII 05 JW. 06 53[2]).

d. **Fälle, in denen nur für Sorgfalt wie in Eigenem und** (BGB. § 277) **grobe Fahrlässigkeit einzustehen ist,** sind bestimmt in BGB. §§ 690 (Verwahrer ohne Entgelt), 708 (Gesellschafter; für oHG., KG., KAG. und stille G. vgl. HGB. § 114 Anm. Vb, § 161 Anm. IIa, § 320 Anm. VIi 11, § 335 Anm. Ia 4), 1359 (Ehegatte bei Erfüllung der aus dem ehelichen Verhältnis sich ergebenden Verpflichtungen), 1664 (Ausüber väterlicher Gewalt), 2131 (Vorerbe).

e. **Fälle, in denen gar nicht für Sorgfalt einzustehen ist.** So z. B. bei Rat oder Empfehlung

außerhalb eines Vertragsverhältnisses (BGB. § 676; vgl. jedoch HGB. § 384 Anm. II b), wenn nicht im Einzelfall (so namentlich bei Verletzung einer Amtspflicht BGB. § 839) etwas Gegenteiliges aus den Vorschriften über unerlaubte Handlungen folgt.

f. **Fälle, in denen für mehr als für Sorgfalt einzustehen ist.** Auch die hierauf bezüglichen Bestimmungen des BGB. und anderer Gesetze bleiben unberührt von § 347 Abs. 1 HGB., trotzdem sie in § 347 Absatz 2 nicht erwähnt sind (oben Anm. I). Hierher gehört die Haftung des Schuldners während seines Verzugs (BGB. § 287), die Haftung bei Geschäftsführung im Widerspruch zum Willen des Geschäftsherrn (BGB. § 678), die Haftung für Leistungsunvermögen bei Gattungsschuld (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IV c), die Haftung des Gastwirts für Eingebrachtes (BGB. § 701), der Eisenbahn für zur Beförderung Angenommenes (HGB. § 456), die vertragliche Ausdehnung der Haftung auf Zufall (Lehmann Nr. 5).

III. Sonderbestimmungen für Vollkaufleute (§§ 348—351).

§ 348.

Vertragsstrafe.

Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden.

ADH. — (vgl. Art. 284). **Entw. I** § 320. **Entw. II** § 339.

I. **Die Vorschriften des BGB. über Vertragsstrafe** lauten:

§ 339. „Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein."

§ 340. „Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, daß er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen."

§ 341. „Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen.

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der nicht gehörigen Erfüllung zu, so finden die Vorschriften des § 340 Abs. 2 Anwendung.

Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält."

§ 342. „Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so finden die Vorschriften der §§ 339 bis 341 Anwendung; der Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt."

§ 343. „Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen.

Das Gleiche gilt auch außer den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, daß er eine Handlung vornimmt oder unterläßt."

§ 344. „Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben."

§ 345. „Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht."

Die §§ 339—342, 344, 345 BGB. kommen auch zur Anwendung, wenn eine Vertragsstrafe von einem Vollkaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes versprochen ist; die Bedeutung des § 348 (351) HGB. besteht einzig darin, daß die Anwendung des § 343 BGB. auf jenen Fall ausgeschlossen wird. Über den Fall des Strafversprechens eines Handlungsgehilfen zur Sicherung eines Wettbewerbsverbots vgl. HGB. § 75, unten Anm. IIb. Unberührt durch BGB. und HGB. sind die Vorschriften des Abzahlungsgesetzes §§ 4, 8 über Herabsetzung einer Vertragsstrafe, die von einem nicht im Handelsregister eingetragenen Käufer versprochen ist (EGBGB. Art. 32, EGHGB. Art. 2 Abs. 2).

II. **Vertragsstrafe, die von Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes versprochen.**

a. **Vertragsstrafe.** Der § 348 setzt denselben Begriff voraus, welcher auch den Bestimmungen des BGB. zu grund liegt, aber auch dort nicht bestimmt, sondern vorausgesetzt ist. Für die Auslegung des § 348 ist es indessen unerheblich, wie man jenen Begriff bestimmt. Denn nimmt man im Einzelfall an, daß das vom Vollkaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes Versprochene keine Vertragsstrafe ist, so findet § 343 BGB. ohnedies nicht Anwendung; nimmt man aber an, daß es eine Vertragsstrafe ist, so findet § 343 BGB. wegen des § 348 HGB. nicht Anwendung; in beiden Fällen mithin dasselbe Ergebnis. — Die Aufnahme des Wortes „Vertragsstrafe" in den § 348 HGB. ist aber auch irreführend; wollte man sich streng an den Wortlaut halten, so würde § 348 HGB. nur die Anwendung des § 343 Abs. 1 BGB. ausschließen, nicht aber auch eine Herabsetzung der Strafe im Fall des § 343 Abs. 2 BGB., denn nur § 343 Abs. 1 behandelt den Fall der Vertragsstrafe (Planck[3] § 343 Anm. 6); eine dahingehende Beschränkung ist indessen nicht beabsichtigt.

b. **Kaufmann** als Versprechender. Vgl. § 1 Anm. IV, § 343 Anm. IIb. Der § 351 beschränkt den § 348 dahin, daß er auf einen Minderkaufmann nicht Anwendung findet. Der § 348 ist daher nur anwendbar, wenn ein Vollkaufmann Versprechender ist, oder wenn der Versprechende — wegen Eintragung seiner Firma — seine Eigenschaft als Nichtkaufmann oder Minderkaufmann nicht geltend machen kann (§ 5). — Da ein Handlungsgehilfe als solcher nicht Kaufmann ist (§ 1 Anm. IVd 3), so wird in der Regel der in § 75 behandelte Fall des Strafversprechens eines Handlungsgehilfen nicht mit dem in § 348 behandelten Fall des betriebszugehörigen Strafversprechens eines Vollkaufmanns zusammentreffen können (vgl. KB. 106, RG. 44 61). Ist dies ausnahmsweise der Fall, so ist § 384 auch auf ein solches Versprechen anwendbar, mithin das Ermäßigungsrecht des § 343 BGB. nicht anwendbar; der § 75 Abs. 2 Satz 2 steht nicht entgegen, denn er erklärt den § 343 BGB. nicht für anwendbar, sondern nur für unberührt, unberührt kann der § 343 BGB. aber nur bleiben, insoweit er ohne die Vorschrift des § 75 gelten würde (vgl. RG. 44 62). — Die Kaufmannseigenschaft muß im Zeitpunkt des Versprechens bestanden haben (§. 343 Anm. IIb 1); ob sie zur Zeit der Verwirkung nicht mehr besteht, ist unerheblich (OLG. Hamm 3 X 03 OLGRspr. 7 387); ebenso auch, ob sie nach dem Zeitpunkt des Versprechens erworben ist (Düringer-Hachenburg Anm. VIII 2).

c. **Im Betrieb seines Handelsgewerbes.** Durch diese Worte wird auf den Begriff der Zugehörigkeit zum Betrieb des Handelsgewerbes verwiesen (§ 343 Anm. Ia). Über diesen Begriff vgl. § 343 Anm. IIc 3, III; insbesondere sind auch für die Anwendung des § 348 die Vermutungen des § 344 maßgebend (ebenso Staub Anm. 24). — In Verbindung damit, daß jedes Strafversprechen ein Rechtsgeschäft ist, ergeben die Merkmale zu b (Kaufmann) und c (im Betrieb seines Handelsgewerbes) zusammen das Merkmal eines Handelsgeschäfts.

Der § 348 hätte daher auch dahin gefaßt werden können (vgl. Staub aaO.): „Ist die Versprechung einer Strafe Handelsgeschäft, so findet § 343 BGB. keine Anwendung."

III. **Unzulässigkeit der Herabsetzung auf Grund des § 343 BGB.** Nur die Anwendung des § 343 BGB. (und zwar auch des Abs. 2; oben Anm. IIa) auf den in § 348 HGB. behandelten Fall soll ausgeschlossen werden. Dagegen bleiben auch im Fall des § 348 HGB. alle sonstigen Einwendungen oder Einreden zulässig, die nach Bürgerlichem Recht gegenüber der Einforderung der versprochenen Strafe erhoben werden können. Namentlich bietet BGB. § 138 (vgl. auch § 139) Schutz (D. 194), wenn der Vertrag, durch welchen die Strafe versprochen ist, gegen die guten Sitten verstößt, insbesondere wenn darin ein Rechtsgeschäft liegt, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile hat versprechen oder gewähren lassen, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen. Der § 348 HGB. steht nicht entgegen der Anwendung des im AbzahlungsG. § 4 Abs. 1 zu gunsten des nicht im Handelsregister eingetragenen Abzahlungskäufers (AbzahlungsG. § 8) zugelassenen Ermäßigungsrechts (Staub Anm. 26).

§ 349.

Vorausklage bei Bürgschaft.

Dem Bürgen steht, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist, die Einrede der Vorausklage nicht zu. Das Gleiche gilt unter der bezeichneten Voraussetzung für denjenigen, welcher aus einem Kreditauftrag als Bürge haftet.

ADH. Art. 281 Abs. 2. **Entw. I** § 321. **Entw. II** § 340.

I **Die Vorschriften des BGB. über Bürgschaft und Kreditauftrag.**

a. **Wortlaut:**

§ 765. „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.

Die Bürgschaft kann auch für eine künftige oder eine bedingte Verbindlichkeit übernommen werden."

§ 766. „Zur Giltigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt."

§ 767. „Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Dies gilt insbesondere auch, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners geändert wird. Durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert.

Der Bürge haftet für die dem Gläubiger von dem Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung."

§ 768. „Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Stirbt der Hauptschuldner, so kann sich der Bürge nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet.

Der Bürge verliert eine Einrede nicht dadurch, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet."

§ 769. „Verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen."

§ 770. „Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten.

Die gleiche Befugnis hat der Bürge, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann."

§ 771. „**Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat (Einrede der Vorausklage).**"

§ 772. „Besteht die Bürgschaft für eine Geldforderung, so muß die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners an seinem Wohnsitz und, wenn der Hauptschuldner an einem anderen Orte eine gewerbliche Niederlassung hat, auch an diesem Orte, in Ermangelung eines Wohnsitzes und einer gewerblichen Niederlassung an seinem Aufenthaltsorte versucht werden.

Steht dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muß er auch aus dieser Sache Befriedigung suchen. Steht dem Gläubiger ein solches Recht an der Sache auch für eine andere Forderung zu, so gilt dies nur, wenn beide Forderungen durch den Wert der Sache gedeckt werden."

§ 773. „Die Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen:

1. wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet, insbesondere wenn er sich als Selbstschuldner verbürgt hat;
2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;
3. wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist;
4. wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird.

In den Fällen der Nr. 3, 4 ist die Einrede insoweit zulässig, als sich der Gläubiger aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners befriedigen kann, an der er ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht hat; die Vorschrift des § 772 Abs. 2 Satz 2 findet Anwendung."

§ 774. „Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden. Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt.

Mitbürgen haften einander nur nach § 426."

§ 775. „Hat sich der Bürge im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zu, so kann er von diesem Befreiung von der Bürgschaft verlangen:

1. wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben;
2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;
3. wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug ist;
4. wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat.

Ist die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten."

§ 776. „Gibt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 774 hätte Ersatz erlangen können. Dies gilt auch dann, wenn das aufgegebene Recht erst nach der Übernahme der Bürgschaft entstanden ist."

§ 777. „Hat sich der Bürge für eine bestehende Verbindlichkeit auf bestimmte Zeit verbürgt, so wird er nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger die Einziehung der Forderung unverzüglich nach Maßgabe des § 772 betreibt, das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortsetzt und unverzüglich nach der Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme. Steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu, so wird er nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger ihm unverzüglich diese Anzeige macht.

Erfolgt die Anzeige rechtzeitig, so beschränkt sich die Haftung des Bürgen im Falle des Abs. 1 Satz 1 auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit zur Zeit der Beendigung des Verfahrens hat, im Falle des Abs. 1 Satz 2 auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit bei dem Ablaufe der bestimmten Zeit hat."

§ 778. „Wer einen anderen beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge."

b. **Verhältnis der §§ 349—351 HGB. zum BGB.** In die vorstehenden Bestimmungen des BGB. greifen die §§. 349—351 HGB. in der Weise ein, daß falls die Bürgschaft auf Seite des Bürgen Handelsgeschäft und der Bürge Vollkaufmann ist, der §. 350 HGB. .den §. 766 BGB. und der §. 349 HGB. die §§. 771—773 BGB. (insbesondere also auch den §. 773 Abs. 2 BGB.), außer Anwendung setzen, daß von § 777 Abs. 1 BGB nicht Satz 1, sondern stets Satz 2 zur Anwendung kommt, und daß auch im Fall des §. 778 BGB. (Kreditauftrag) die vorstehenden Maßgaben bezüglich der §§. 771—773, 777 Platz greifen. Der § 766 BGB findet schon nach BGB. ohnedies nicht auf den Kreditauftrag Anwendung (R.G. **50** 160), da für diesen bis zur tatsächlichen Kreditgewährung nicht die Vorschriften über Bürgschaft, sondern diejenigen über Auftrag maßgebend sind RG. **56** 133).

c. **Begriff der Bürgschaft.**

1. Allgemeines. Eine Bürgschaftsübernahme liegt vor, wenn aus der Erklärung bestimmt erkennbar ist, daß der Erklärende gegenüber dem Gläubiger eines Dritten sich verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten einzustehen (BGB. § 765). Der Gebrauch des Ausdrucks „Bürgschaft" oder eines ähnlichen Ausdrucks ist nicht erforderlich (RG. **62** 174). Wo die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts von der Schriftlichkeit abhängt, hat die Auslegung sich nicht enger als in anderen Fällen an die in der Urkunde gebrauchten Worte anzuschließen (RG. 30 XI 05 JW. **06** 88 [7]). Eine Bürgschaft liegt auch in der Erklärung des Bevollmächtigten, neben der Haftung des Vollmachtgebers eine eigene Haftung zu übernehmen (RG. 30 V 04 JW. 407 [14]). Keine Bürgschaftsübernahme liegt in bloßer Mitunterzeichnung einer eine Schuldverbindlichkeit begründenden Urkunde (RG. **62** 172; dagegen Neumann JW. **06** 96). — Unter Umständen kann jedoch darin der Eintritt als Gesamtschuldner im Weg häufungsweiser Schuldübernahme (unten zu 4) liegen (vgl. RG. **62** 176). Über Wechselzeichnung per aval vgl. unten zu 3. Keine Bürgschaftserklärung liegt auch in einem Gewährversprechen, inhalts dessen nicht nur für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten, sondern schlechthin für einen bestimmten Erfolg selbständig eingestanden wird, z. B. wenn jemand die Haftung dafür übernimmt, daß die von einem anderen ausgestellten Wechsel am Verfalltag pünktlich eingelöst werden (RG. **61** 160). — Die Bürgschaft erfordert einen Vertrag zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger; ein dem Schuldner gegebenes Versprechen, für seine Schuld aufkommen zu wollen, ist keine Bürgschaft (RG. **57** 66). Jedoch kann der Schuldner die Übergabe der Bürgschaftsurkunde an den darin bezeichneten Gläubiger wirksam vermitteln (RG. **31** 266). Auch kann ein Bürgschaftsvertrag in der Weise zu stand kommen, daß der Bürge eine

Bürgschaftsurkunde dem Schuldner oder einem als Vermittler dienenden Dritten übergibt, damit diese erst einen Gläubiger suchen und dem gefundenen die Urkunde aushändigen (RG. 57 66, 61 347). Keine Bürgschaft liegt auch in einem Übereinkommen von Mitbürgen untereinander über Ausgleichung bei Inanspruchnahme eines von ihnen (RG. 12 III 06 JW. 305 [10]). Ebensowenig in einem gegenseitigen Vertrag, bei welchem die Haftungsübernahme des einen Teils durch eine Gegenleistung des anderen Teils bedingt ist (RG. 1 VI 06 JW. 463 [19]). — Das für den Bürgschaftsvertrag zur Anwendung kommende Recht ist maßgebend dafür, ob, das für die Hauptschuld zur Anwendung kommende Recht dafür, was der Bürge zu leisten hat (RG. 54 315). — Von der Bürgschaft zu unterscheiden ist die Bestellung eines Pfands für fremde Schuld (RG. 60 263). Als Bürgschaft dagegen wurde aufgefaßt die gegenüber dem Gläubiger erfolgte Übernahme einer Verpflichtung, die von dem Hauptschuldner zu stellende Sicherheit für diesen zu stellen (RG. 11 IV 06 JW. 347 [8]).

2. Bürgschaft für künftige Verbindlichkeiten. Auch für künftige Verbindlichkeiten kann Bürgschaft geleistet werden (RG. 56 132, 59 220). Eine genügende Bürgschaftserklärung wurde gefunden in der Erklärung des Vaters, seinem Sohn könne der Gläubiger ruhig Kredit geben, er — der Vater — werde dafür sorgen, daß die Sache bis Ostern abgemacht werde (Bolze 8 Nr. 528). In der Erklärung, selbstschuldnerisch für alle Wechsel, die von A bei B diskontiert sind oder künftig diskontiert werden, bis zur Höhe von 100 000 Mk. dem B zu bürgen, liegt nur eine Bürgschaft für A, nicht für alle Personen, deren Namen auf den diskontierten Wechseln stehen (RG. 60 192). Wie die Erklärung auszulegen, daß die Bürgschaft bis zu einem bestimmten Zeitpunkt gültig sein solle, vgl. § 346 Anm. III b 2 „gültig bis".

3. Bürgschaft durch Wechselzeichnung. Eine Bürgschaft kann auch als Beweggrund für ein Wechselversprechen dienen (RG. 48 155) oder — was rechtlich gleichbedeutend — in Wechselform erfolgen (RG. 51 114). Ob bei Wechselzeichnung die Absicht der Parteien auf Abschluß eines Bürgschaftsvertrags ging, ist Tatfrage. An sich begründet eine durch Wechselunterschrift eines Dritten erfolgende Sicherung eines Gläubigers nur eine Wechselverpflichtung des Dritten; doch kann im Einzelfall die Häufung der Wechselverbindlichkeit mit einer gewöhnlichen Bürgschaft vereinbart sein (ROH. 2 366, RG. 4 12). Eine solche Häufung wurde angenommen für den Fall, daß der Hauptschuldner vorher den Bürgen um seine Bürgschaft für das aufzunehmende Darlehn gebeten oder daß der Bürge dem Darlehnsgläubiger bei Zeichnung des Wechsels den Verbürgungswillen erklärt hat (Bolze 15 Nr. 254). Die im Einzelfall etwa erforderliche Schriftlichkeit der Bürgschaftserklärung wird jedoch — soweit nicht wechselrechtliche, sondern bürgschaftsrechtliche Folgen daraus abgeleitet werden sollen — nicht durch die Wechselunterschrift ersetzt (unten zu d). Daher kann dem legitimierten Wechselinhaber, auch wenn der Wechsel bürgschaftshalber ausgestellt ist, nicht — außer soweit die Einrede der Arglist begründbar — der Einwand der Zahlung (RG. 61 7), insbesondere auch nicht der Einwand entgegengesetzt werden, daß kraft nur mündlicher und daher nach BGB. § 766 ungültiger Vereinbarung der ursprünglich für eine andere, inzwischen bezahlte Schuld ausgestellte Wechsel künftig als bürgschaftsmäßiges Wechselversprechen für eine neue Schuld eines Dritten gelten solle (RG. 61 6). Ebenso kann der Unterzeichner eines bürgschaftshalber gegebenen Wechsels nicht auf Grund der Tatsache allein, daß dies dem Kläger bekannt war, die Einwendung erheben, daß gegen den auf dem Wechsel mitunterzeichneten Hauptschuldner Vorausklage erfolgen müsse (RG. 48 156). Haben zwei Personen bürgschaftshalber zwei Wechsel über gleiche Beträge in der Weise unterzeichnet, daß ihre Unterschriften auf dem zweiten Wechsel in umgekehrter Reihenfolge sich finden als auf dem ersten, und ist hiermit ein gegenseitiger Ausgleich beabsichtigt, so kann auch wechselmäßig keiner von dem anderen Erstattung von mehr als der Hälfte des Gezahlten fordern (RG. 12 III 06 JW. 305 [10]). — Die Mitunterzeichnung eines Wechsels „per aval" begründet ein von der gewöhnlichen Bürgschaft verschiedenes Rechtsverhältnis (RG. 40 58, RG. 12 I 03 JW. Beil. 43 [94]). Der Avalist haftet zwar nur, wenn eine den Formvorschriften der Wechselordnung entsprechende Erstunterschrift

vorhanden ist, aber auch wenn jene Erstunterschrift keine Verpflichtung begründet, z. B. weil sie gefälscht oder wegen mangelnder Wechselfähigkeit unverbindlich ist (RG. 40 58). Für die Rückgriffsrechte mehrerer Avalisten untereinander ist gemeinbürgerliches Recht maßgebend, da das Wechselrecht hierüber keine Vorschriften enthält (RG. 48 157).

4. Häufungsweise Schuldübernahme ist im Zweifel nichts anderes als selbstschuldnerische Bürgschaft (RG. 59 233) und bedarf darum der Schriftform (RG. 51 122, 59 233, OLG. München 30 III 04 OLGRspr. 9 284; dagegen OLG. Cöln 4 X 02 OLGRspr. 8 84). Ausnahmsweise kann jedoch auf Grund eigenartiger Sachlage in häufungsweiser Schuldübernahme nur ein nachträglicher Miteintritt als gewöhnlicher Gesamtschuldner liegen (RG. 59 233, vgl. 62 176), und dann ist nicht Schriftlichkeit erforderlich (RG. 59 233).

d. **Das Erfordernis der Schriftlichkeit nach BGB.** Vgl. Marcus KGBl. 05 101.

1. Erklärung. Schriftlich erteilt ist die Bürgschaftserklärung auch unter Anwesenden nicht bereits mit der Unterzeichnung des sie enthaltenden Schriftstücks, sondern erst mit dem Zugehen dieses Schriftstücks an den Gläubiger (RG. 61 415). Über den Begriff des Zugehens vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVId 2.

2. Angabe von Hauptschuld und Gläubiger. Der Inhalt der Erklärung, für die Verbindlichkeit des Dritten einstehen zu wollen, muß mindestens seinem wesentlichen Teil nach in der Bürgschaftsurkunde selbst enthalten sein (RG. 57 260, 59 218, 62 382). Wesentlich ist auch die Angabe der Schuld, für die gebürgt werden soll (RG. 59 219). Indessen schadet nicht eine unrichtige Bezeichnung des Rechtsgrunds jener Schuld (RG. 59 219). Sogar jede nähere Bezeichnung der Beschaffenheit der einzelnen Schulden darf fehlen, wenn nur der Höchstbetrag, bis zu welchem Bürgschaft übernommen wird, und der Gläubiger angegeben sind (RG. 62 382). Auch braucht keine bestimmte Person als Gläubiger bezeichnet zu werden, sondern genügend ist der in der Urkunde enthaltene Hinweis, daß man demjenigen als Bürge haften wolle, dem der Hauptschuldner oder ein Dritter die Urkunde übergebe (RG. 62 383). Genügend ist endlich auch eine Bezeichnung der einzelnen Hauptschuld ohne Bezeichnung des Gläubigers, wenn dessen Person zwischen den Parteien feststand (vgl. RG. 62 383). Nicht genügend ist die Angabe nur des Höchstbetrags der Bürgschaft und der Person des Schuldners ohne sonstige Bezeichnung der Hauptschuld und ohne Bezeichnung des Gläubigers (RG. 62 383).

3. Hingabe eines Blanketts. Das Schriftlichkeitserfordernis ist erfüllt, wenn ein mit der Unterschrift des Bürgen versehenes Blankett übergeben und erst demnächst eine Bürgschaftserklärung darüber gesetzt oder ein fehlender Teil der Bürgschaftserklärung, z. B. der Name des Gläubigers (RG. 57 69), ausgefüllt wird (RG. 57 67, 62 383). Schriftlichkeit der Bürgschaft ist auch dann erforderlich, wenn die Bürgschaft für Schulden aus einem künftigen, bei Übernahme der Bürgschaft noch nicht abgeschlossenen Vertrag eingegangen wird (RG. 56 137).

4. Bezugnahme auf andere Schriftstücke. Die Schriftform ist gewahrt, wenn bei mündlicher Bürgschaftsübernahme Bezug genommen wird auf eine schon vorher vom Bürgen ausgestellte und übergebene schriftliche Bürgschaftserklärung (RG. 59 42); nicht allerdings, wenn diese Urkunde zwecks Übernahme einer anderen, inzwischen bereits getilgten Bürgschaft ausgestellt worden war (RG. 59 42). Eine — selbst schriftliche — Bezugnahme auf andere Schriftstücke genügt jedoch nicht, wenn erst aus diesen der Wille eines Bürgschaftsversprechens erkennbar ist (RG. 57 260). So z. B. nicht die schriftliche Erklärung, daß ein „Vergleichsangebot angenommen" werde, wenngleich das schriftliche Vergleichsangebot die Bedingung enthielt, daß die Gegenpartei Bürgschaft übernehme (RG. 57 261). Genügend aber ist die Bezugnahme auf die in einem auf demselben Blatt vorstehenden Schuldschein angegebene Hauptschuld (RG. 59 217). Unterschreibt jemand eine Bürgschaftserklärung, inhalts deren er sich dem Gläubiger als Mitbürge und dem Mitbürgen als Rückbürge verpflichtet, überläßt er dem Mitbürgen das Schriftstück und händigt dieser es dem Gläubiger aus, so ist auch die Rückbürgschaft in gehöriger Form übernommen (RG. 61 347).

5. Die Auslegung der schriftlichen Bürgschaftserklärung hat nach denselben

Grundsätzen zu geschehen wie die Auslegung einer nicht notwendig schriftlichen Erklärung (oben zu c). Daher dürfen zur Ermittlung des der schriftlichen Erklärung zu grunde liegenden Willens außerhalb der urkundlichen Erklärung liegende Umstände berücksichtigt werden (RG. 59 219, 62 175). Jedoch muß der sprachliche Ausdruck noch erkennen lassen, was durch ihn zur Erkenntnis gebracht werden soll (RG. 62 175).

6. Nebenabreden über Einzelheiten der Bürgschaft, z. B. hinsichtlich der Fälligkeit, sind nicht formfrei (RG. 25 V 03 JW. Beil. 108[240]; dagegen Planck[2] § 766 Anm. 2).

7. Bürgschaft durch Wechselzeichnung. Bei einer in Form eines Wechselversprechens übernommenen Bürgschaft ersetzt die Wechselunterschrift, soweit die Wechselhaftung reicht, die mangelnde Schriftlichkeit der Bürgschaftserklärung (RG. 51 114, 61 6). Nicht aber auch, soweit daraus eine von der wechselmäßigen verschiedene bürgschaftsrechtliche Haftung abgeleitet werden soll (RG. 51 113). Denn das abstrakte in der Wechselzeichnung liegende Schuldversprechen genügt nicht dem in BGB. § 766 vorausgesetzten Erfordernis, daß die Bürgschaftserklärung erkennen lasse, es solle für die Schuld eines anderen eingestanden werden (RG. 51 113).

8. Ausländische Bürgschaft. Der Form ist genügt, wenn beobachtet sind entweder die Gesetze, welche für das Rechtsverhältnis der Bürgschaft maßgebend, sind oder die Gesetze des Orts, an welchem die Bürgschaft vorgenommen wird (EGBGB. Art. 11 Abs. 1). — Nach früherer ständiger Rechtsprechung wurde als das für vertragliche Verpflichtungen im Zweifel maßgebende Recht das des Erfüllungsorts angesehen. So auch für die Bürgschaft (RG. 54 317). Neuerdings neigt das Reichsgericht dazu, das für die Person des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses maßgebende Recht entscheiden zu lassen, zunächst dahinstellend, ob dies Recht das seines Heimatsstaats oder seines Wohnsitzes ist (RG. 61 345, 62 380). Die Bürgschaft wird vorgenommen an dem Ort, wo seitens des Gläubigers die Bürgschaftserklärung angenommen wird, nicht schon an dem Ort, wo die Übernahmeerklärung fertiggestellt und von wo sie abgesendet wird (RG. 62 381). — Nach französischem Recht ist nur ausdrückliche, nicht schriftliche Bürgschaftserklärung erforderlich (RG. 61 346). Das schweizer Recht stimmt bezüglich des Erfordernisses der Schriftlichkeit mit dem deutschen überein (RG. 62 383).

II. **Wenn Bürgschaft für den Bürgen ein Handelsgeschäft.**

a. **Für den Bürgen.** Hierin liegt eine Abweichung von Art. 281 Abs. 2 ADH., der die Einrede der Vorausklage ausschloß, wenn die Bürgschaft auch nur für einen der Beteiligten — sei es Gläubiger, Bürge oder Hauptschuldner — ein Handelsgeschäft war (D. 194). Künftig ist unerheblich, ob die Bürgschaft Handelsgeschäft des Gläubigers oder des Hauptschuldners ist, erheblich ist vielmehr nur, ob sie Handelsgeschäft des Bürgen ist. — Der § 349 ist überdies nicht anwendbar, wenn der Bürge Minderkaufmann ist (§ 351), es sei denn, daß — wegen Eintragung der Firma — diese Eigenschaft nicht geltend gemacht werden kann (§ 5).

b. **Handelsgeschäft.** Vgl. §. 343 Anm. II. Trotz der erleichternden Vermutungen des § 344 wird die Frage, ob die Bürgschaft betriebszugehörig und mithin Handelsgeschäft, oft zweifelhaft sein. Betriebszugehörig ist die Bürgschaft eines Kaufmanns, wenn sie nicht lediglich aus verwandtschaftlichen Rücksichten übernommen wird; so z. B. wenn der Bürge ein eigenes Vermögensinteresse am Zustandekommen des Hauptgeschäfts hat oder wenn er für Übernahme der Bürgschaft eine Vergütung erhält (RG. 5 XI 92 JW. 93 24[43]). Daß derjenige, für den eine Handelsfrau Bürgschaft übernimmt, ihr Ehemann ist, spricht nicht notwendig gegen die Betriebszugehörigkeit der Bürgschaft (ROH. 9 173). Ebensowenig die Unentgeltlichkeit der Bürgschaftsübernahme (§ 343 Anm. III 48, vgl. ROH. 2 45). Betriebszugehörig ist z. B. die Bürgschaft einer Handelsfrau für ein nicht zu ihrem Betrieb gehöriges Rechtsgeschäft ihres Ehemanns, wenn die Möglichkeit vorliegt, daß der Frau für ihren Geschäftsbetrieb Mittel aus dem Rechtsgeschäft des Mannes zufließen (Bolze 19 Nr. 319). Für nicht betriebszugehörig wurde eine Bürgschaft erachtet, die ein Kaufmann für seinen Schwager lediglich aus verwandtschaftlichen Rücksichten zwecks Abwendung eines dem Schwager drohenden Konkurses übernommen hatte (ROH. 15 389). Ebenso die nur aus verwandtschaftlichen Gründen übernommene Bürgschaft einer Handelsfrau für ihren Sohn wegen dessen Börsen-

schulden (ROH. 20, 401). Nicht betriebszugehörig ist im Zweifel auch die Bürgschaft, die ein Vater für seinen Sohn zu dem Zweck übernimmt, um zu verhüten, daß eine unehrenhafte Handlung des Sohns, durch welche die Schuld entstanden ist, öffentlich bekannt wird (vgl. RG. 51 123). Die Eigenschaft der Bürgschaft als Handelsgeschäft folgt nicht daraus allein, daß die Schuld, für die gebürgt ist, aus einem Handelsgeschäft entsprungen ist; umgekehrt, wenn die Schuld aus einem Nichthandelsgeschäft entsprungen, kann dennoch die Bürgschaft Handelsgeschäft sein (ROH. 5 367, RG. 5 XI 92 JW. 93 24[43]).

III. **Ausschließung der Einrede der Vorausklage.**

a. **Einrede der Vorausklage.** Der § 771 BGB. gewährt dem Bürgen die Einrede der Vorausklage: der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger (in der durch § 772 näher bestimmten Weise) eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Der § 773 BGB. schließt die Einrede der Vorausklage in bestimmten Fällen aus, insbesondere dann, wenn der Bürge sich „als Selbstschuldner" verbürgt hat. Diesen Fällen reiht der § 349 HGB. den in ihm behandelten Fall an, daß die Bürgschaft auf Seite des Bürgen Handelsgeschäft. Er stellt daher in dieser Beziehung (anders bezüglich der Form; § 350 HGB.) die handelsgeschäftliche Verbürgung der selbstschuldnerischen gleich (Staub Anm. 22). — Der § 349 HGB. ist jedoch nur vertragergänzend; der Bürge kann trotz HGB. § 349 bei Übernahme der Bürgschaft wirksam bedingen, daß er auf Grund derselben in Anspruch nur genommen werden dürfe, wenn der Gläubiger vorher in bestimmter Weise, z. B. in der in §§ 771, 772 (777 Satz 1) BGB. bestimmten, gegen den Hauptschuldner vorgegangen sei (Staub Anm. 26). In der Übernahme einer „Ausfallsbürgschaft" (oder „Schadlosbürgschaft") liegt solch vertragliches Ausbedingen der Vorausklageinrede (ROH. 13 176, OLG. Dresden 10 XII 89 ZHR. 40 485). Ebenso kann auch durch nachträgliche Abreden zwischen Gläubiger und Bürgen die Notwendigkeit einer Vorausklage des ersteren wirksam vereinbart werden (RG. 8 262). — Maßgebend dafür, ob dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zusteht, ist nach früherer Rechtsprechung das Recht des Orts, wo der Bürge seine Verpflichtung aus dem Bürgschaftsvertrag zu erfüllen hat, also in der Regel der Niederlassungssitz des Bürgen (RG. 54 316). Über die neuere Rechtsprechung, daß für vertragliche Verpflichtungen im Zweifel nicht das Recht des Erfüllungsorts, sondern das Personrecht des Schuldners maßgebend sei, vgl. oben Anm. Id 8.

b. **Sonstige Einreden und Einwendungen,** die das BGB. dem Bürgen gewährt (z. B. BGB. §§ 768, 770), stehen auch demjenigen Bürgen offen, auf dessen Seite die Bürgschaft Handelsgeschäft ist.

1. Vertretungspflicht des Gläubigers für Entstehen der Hauptforderung. Durch die Vorschriften des Abschnitts des BGB. über die Bürgschaft wird nicht ausgeschlossen, daß, wenn die Bürgschaft vor dem Entstehen der Hauptschuld übernommen wird und das Entstehen auf einem Verschulden des Gläubigers beruht, hierauf nach allgemeiner Regel (BGB. § 276) seitens des Bürgen eine Einrede gegründet werden kann (ebenso Staub Anm. 33). So z. B. wenn A. dem B. für etwaige aus Nichtablieferung der durch den Reisenden C. für B. einkassierten Gelder entstehende Forderungen des B. an C. bürgt, C. das einkassierte Geld nicht voll abliefert, B. ihn trotzdem auf eine neue Reise zur Einkassierung schickt und C. auf dieser Reise Geld unterschlägt (ROH. 20 46). Entsprechend auch bei der für etwaige Forderungen an einen Kassenbeamten aus dessen Kassenführung übernommenen Bürgschaft; doch legte das Reichsgericht (RG. 29 143) für solchen Fall die Parteiabrede dahin aus, daß auf Unterlassen einer Kontrolle durch den Geschäftsherrn der Bürge sich nur berufen könne, wenn die Kontrolle durch besondere Umstände im einzelnen Fall dringend geboten war.
2. Nichtigkeit oder Unklagbarkeit der Hauptschuld. Der Bürge kann z. B. einwenden, daß die Hauptschuld aus einem unwirksamen Börsentermingeschäft herrühre (RG. 52 364) oder aus einem wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtigen Vertrag (RG. 11 IV 06 JW. 347[3]).
3. Nichtfälligkeit der Hauptschuld. Ist Bürgschaft für eine nach Kündigung zahlbare Schuld übernommen, so tritt Fälligkeit nur ein, wenn dem Hauptschuldner gekündigt

ist (BGB. § 130); ist nur dem Bürgen gekündigt, so ist dieser daher nicht zur Leistung verpflichtet (dagegen nach früherem Recht Str. 89 106, RG. 2 187. — Der Bürge darf einwenden, daß dem Hauptschuldner Stundung erteilt ist (RG. 56 312, 59 228). Ist dem Hauptschuldner Stundung nur mit der Maßgabe erteilt, daß gegenüber dem Bürgen keine Stundung eintreten solle, so ist, da letzteres (wegen Abhängigkeit der Bürgschaftsschuld von Fälligkeit der Hauptschuld) ohne Zustimmung des Bürgen unmöglich, auch dem Hauptschuldner nicht wirksam Stundung erteilt, mithin kann auch der Bürge sich nicht darauf berufen (RG. 56 313).

4. Mängel der Gegenleistung des Gläubigers und Aufrechnung. Eine vom Hauptschuldner nicht vollzogene Aufrechnung gibt dem Bürgen das Recht, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, solange der Hauptschuldner aufrechnen darf (BGB. § 770 Abs. 2). Der Hauptschuldner kann jedoch ohne Zustimmung des Bürgen auf die Aufrechnungseinrede verzichten, da in dem Verzicht auf eine nur verzögerliche Einrede keine Erweiterung der Verpflichtung des Bürgen im Sinn des BGB. § 767 Abs. 1 Satz 3 liegt (RG. 62 54) und BGB. § 768 Abs. 2 auf die in BGB. § 770 Abs. 2 besonders behandelte Aufrechnungseinrede nicht Anwendung findet (RG. 62 54). Verschieden von der Aufrechnungseinrede ist aber die Einrede, daß die auf einem gegenseitigen Vertrag des Hauptschuldners mit dem Gläubiger beruhende Schuld eine mit Rücksicht auf Mängel der Gegenleistung des Gläubigers geringere sei (RG. 62 55); der Verzicht des Hauptschuldners auf eine solche Einrede steht dem Bürgen nicht entgegen (RG. 62 55).

5. Nachlässigkeit des Gläubigers in Beitreibung der Forderung vom Hauptschuldner. Hieraus kann der Bürge — außer wenn die Bürgschaft auf bestimmte Zeit beschränkt ist (BGB. § 777, RG. 1 III 06 JW. 229 [18]) — keine Einrede herleiten (Planck [2] § 776 Anm. 1, Staub Anm. 31, Düringer-Hachenburg Anm. II 4 dd, Goldmann Nr. 15, ROH. 20 48), wohl aber aus einem böswilligen, gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhalten des Gläubigers (BGB. § 157). Der Bürge ist jederzeit in der Lage, durch Befriedigung des Gläubigers (BGB. § 774) den Einfluß der Nachlässigkeit des Gläubigers auszuschließen. Der Bürge hat auch nicht das Recht, der Gewährung einer Stundung an den Hauptschuldner zu widersprechen, und wird an sich nicht frei, wenn der Hauptschuldner während der Frist zahlungsunfähig wird (Planck [2] aaO.); indessen kann durch einen solchen ohne Zustimmung des Bürgen abgeschlossenen Stundungsvertrag die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert werden, ein solcher Vertrag ist daher nicht ohne weiteres auch zu ungunsten des Bürgen wirksam (RG. 59 228). Die Bürgschaft hört auf, eine auf bestimmte Zeit übernommene zu sein, wenn bei Ablauf der bestimmten Zeit der Bürge dem Gläubiger die Zustimmung gibt, daß dieser dem Hauptschuldner das Kapital noch „einige Zeit" stunde (RG. 13 VII 03 JW. Beil. 115 [252]).

6. Unerheblichkeit eines Verzichts des Hauptschuldners. Der Bürge verliert eine Einrede nicht dadurch, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet (BGB. § 768 Abs. 2). Auch nicht dadurch, daß er sich die Rechte aus dem Vertrag, in welchem der Hauptschuldner verzichtet hat, abtreten läßt und Rechte aus diesem Vertrag gegen den Gläubiger geltend macht (RG. 62 53). Über Verzicht des Hauptschuldners auf nur verzögerliche Einreden vgl. oben zu 4.

IV. **Kreditauftrag.** Nach BGB. § 778 haftet dem Beauftragten als Bürge für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten, wer einen anderen beauftragt, im eigenen Namen oder auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben. Da hiermit BGB. § 778 für die Zeit nach erfolgter Kreditgewährung auf die Vorschriften über Bürgschaft Bezug nimmt, so hat auch ein solcher Beauftragender die Einrede der Vorausklage in denjenigen Fällen, in denen sie dem Bürgen zustehen würde, in anderen Fällen dagegen nicht. Zur größeren Klarstellung, daß auch im Fall des § 349 HGB. bei dem Kreditauftrag dasselbe gilt wie bei der Bürgschaft, ist dies in § 349 Satz 2 ausdrücklich hervorgehoben. — Der Kreditauftrag ist sehr ähnlich einer bedingten Bürgschaft; doch hat der Auftraggeber, bis es zur Kreditgewährung kommt, das Recht der Kündigung (RG. 51 122, 56 133). Kein Kreditauftrag liegt vor, wenn zur Zeit der Auftragserteilung der Kredit bereits in Anspruch genommen

war (RG. 56 132). Dagegen erscheint ein Kreditauftrag nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Beauftragte sich schon vorher dem Kreditnehmer zur Kreditgewährung verpflichtet hatte, wenn er nur tatsächlich den Kredit noch nicht gewährt hatte und erst durch den Auftrag vermocht wurde, die tatsächliche Kreditgewährung vorzunehmen (dagegen OLG. Marienwerder 15 I 04 OLGRspr. 9 14). — Die Haftung aus einem auf Dauer erteilten Kreditauftrag — mit oder ohne Höchstgrenze — bleibt bestehen, wenn der Schuldner vorübergehend die Schuld getilgt, demnächst aber von neuem den Kredit in Anspruch genommen hat (ROH. 19 110). — Der Begriff des Kreditauftrags erfordert, daß der eine Teil den Auftrag erteilt und der andere ihn angenommen hat (RG. 56 135). Kein Kreditauftrag, sondern ein eigenartiger Vertrag liegt daher in einer Abrede, nach welcher der eine Teil nur berechtigt, nicht aber verpflichtet sein soll, auf Gefahr des anderen einem Dritten Kredit zu geben (Planck[3] § 778 Anm., vgl. RG. 62 380). So z. B. im Fall einer Äußerung: „Halten Sie den Bau des A nicht auf, liefern Sie dem A nur weiter, ich werde bezahlen" (RG. 56 131). Doch kann in der daraufhin erfolgenden Krediteinräumung unter Umständen die Annahme des Kreditauftrags gefunden werden (ROH. 16 414).

V. **Delkrederevertrag.** Hierüber vgl. § 394 Anm. II.

§ 350.

Form bei Bürgschaft, Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis.

Auf eine Bürgschaft, ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntniß finden, sofern die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen, das Versprechen oder das Anerkenntniß auf der Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist, die Formvorschriften des § 766 Satz 1, des § 780 und des § 781 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Anwendung.

ADH. — (vgl. Art. 317). **Entw. I** § 334. **Entw. II** § 341.

I. **Die §§ 766, 780—782 BGB.** lauten:

§ 766. „Zur Giltigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt."

§ 780. „Zur Giltigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll (Schuldversprechen), ist, soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist, schriftliche Erteilung des Versprechens erforderlich."

§ 781. „Zur Giltigkeit eines Vertrags, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird (Schuldanerkenntnis), ist schriftliche Erteilung der Anerkennungserklärung erforderlich. Ist für die Begründung des Schuldverhältnisses, dessen Bestehen anerkannt wird, eine andere Form vorgeschrieben, so bedarf der Anerkennungsvertrag dieser Form."

§ 782. „Wird ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis auf Grund einer Abrechnung oder im Wege des Vergleichs erteilt, so ist die Beobachtung der in den §§ 780, 781 vorgeschriebenen schriftlichen Form nicht erforderlich."

In diese Vorschriften greift § 350 (351) HGB. in der Weise ein, daß für den Fall, daß das Verbürgen, Versprechen bezw. Anerkennen Handelsgeschäft eines Vollkaufmanns ist, die §§ 766 Satz 1, 780, 781 Satz 1 BGB. ausdrücklich außer Kraft gesetzt und die §§ 766 Satz 2, 782 hierdurch gegenstandslos werden. Bestehen bleibt dagegen § 781 Satz 2; ebenso diejenigen Bestimmungen, auf welche § 780 mit den Worten „soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist" hinweist (unten Anm. IV a). Über das Erfordernis der Schriftlichkeit der Bürgschaftserklärung nach BGB. vgl. HGB. § 349 Anm. I d. Der Kreditauftrag (BGB. § 778) ist schon nach BGB. formlos wirksam (§ 349 Anm. I b).

II. **Verhältnis zum früheren Recht; Einschränkung der Formfreiheit.** Die Vorschrift des

§ 350 enthält den in das HGB. übernommenen Rest des Art. 317 ADH., welcher bei Handelsgeschäften Formfreiheit als Regel einführte. Die Regel der Formfreiheit gilt nunmehr auch im Bürgerlichen Recht, brauchte daher für das Handelsrecht nicht nochmals besonders hervorgehoben zu werden. Die künftig für das Bürgerliche Recht bestehenden Ausnahmen von der Regel der Formfreiheit sind erheblicher als die im bisherigen Handelsrecht bestehenden; trotzdem gelten sie — außer in den Fällen des § 350 HGB. — künftig auch bei Handelsgeschäften. So (vgl. D. 195) bei Eingehung der Verpflichtung zur Übertragung des gegenwärtigen Vermögens oder eines Vermögensbruchteils (BGB. § 311, vgl. HGB. § 22 Anm. I a 3, § 105 Anm. I d 3), bei Miet- oder Pachtverträgen von mehr als einjähriger Dauer über Grundstücke oder Räume, selbst wenn Lager- oder Geschäftsräume betreffend (BGB. §§ 566, 581; widrigenfalls sie für unbestimmte Zeit geschlossen gelten), bei Verträgen, durch welche die Verpflichtung zur Übertragung von Eigentum an einem Grundstück übernommen wird (BGB. § 313, vgl. HGB. § 22 Anm. I a 3), insbesondere derartigen Einbringungsverträgen (HGB. § 105 Anm. I d 3, § 335 Anm. III a), bei Verträgen über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten unter künftigen gesetzlichen Erben (BGB. § 312), Schenkungsversprechen (BGB. § 518), Leibrentenversprechen (BGB. § 761), Abtretung oder Verpfändung der durch Briefhypothek oder Briefgrundschuld gesicherten Forderung (BGB. §§ 1154, 1192, 1274), Anweisung (BGB. § 783) und deren Annahme oder Übertragung (BGB. §§ 784, 792), Erbverzichtsvertrag (BGB. § 2348), Erbschaftskauf (BGB. § 2371). Über Versicherungsverträge vgl. Pr.AGHGB. Art. 5). Auch im HGB. sind einzelne Ausnahmen von der Regel der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte vorgeschrieben. So Schriftform z. B. für Lehrvertrag als Voraussetzung bestimmter Ansprüche (§ 79), Aktienzeichnung (§ 189), Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung (§ 252), Orderpapiere (§ 363), Abänderung bestimmter Pflichten und Rechte des letzten Speditörs oder Frachtführers (§ 441), Abschluß des Eisenbahnfrachtvertrags (VerkO. § 54; vgl. HGB. § 425 Anm. III a), Angabe des Interesses an der Lieferung als Voraussetzung für bestimmte Ersatzansprüche gegen die Eisenbahn (§ 466), Anmeldung des Anspruchs auf Rückerstattung der von der Eisenbahn zu viel erhobenen Fracht oder Gebühren als Voraussetzung für Verjährungshemmung (§ 470), Verbodmung (§ 682), vgl. §§ 475, 557, 784; öffentliche Beglaubigung für nicht persönlich bei Gericht bewirkte Anmeldung und Unterschriftszeichnung zum Handelsregister oder Bevollmächtigung zur Anmeldung (§ 12) und für Übertragung von Kleinaktien (§ 222 Abs. 4), vgl. auch § 871; gerichtliche oder notarielle Beurkundung für Feststellung der Satzung der AG. und KAG. (§§ 182, 321), für Übernahmeerklärung und Bestellung des ersten Aufsichtsrats, und mangels anderer Vorschriften auch des ersten Vorstands, bei Gleichgründung (§§ 182, 188, 190) und für einen Generalversammlungsbeschluß (§ 259).

III. **Sofern Bürgschaft auf Seite des Bürgen, Schuldversprechen oder -anerkenntnis auf Seite des Schuldners Handelsgeschäft.**

a. **Auf Seite des Bürgen bzw. Schuldners.** Wie §§ 348, 349, so trifft auch § 350 nur für denjenigen Bestimmung, auf dessen Seite das Geschäft Handelsgeschäft ist. Auch § 350 ist nicht anwendbar, wenn der Bürge bzw. Schuldner Minderkaufmann ist (§ 351), es sei denn, daß — wegen Eintragung der Firma — diese Eigenschaft nicht geltend gemacht werden kann (§ 5). — Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis waren nach Art. 317, 277 ADH. formfrei, wenn nur für irgend einen der Beteiligten Handelsgeschäft vorlag (vgl. z. B. RG. 1 25, 32 171); auch nach dieser Richtung enthält das neue Recht eine Einschränkung der Formfreiheit bei Handelsgeschäften.

b. **Handelsgeschäft.** Vgl. § 343 Anm. II. Beispiele, wann eine Bürgschaft als Handelsgeschäft zu erachten, vgl. § 349 Anm. II b. Beispiele, wann Schuldversprechen oder -anerkenntnis als Handelsgeschäft zu erachten, vgl. § 343 Anm. III 43, 44; ob auch das ihnen zu grund liegende Geschäft Handelsgeschäft ist, ist unerheblich (ROH. 17 171).

IV. **Unanwendbarkeit der Formvorschriften der §§ 766 Satz 1, 780, 781 Satz 1 BGB.**

a. **Nur die in den angeführten Bestimmungen enthaltenen** Formvorschriften sind unanwendbar (vgl. oben Anm. I). Mithin nur die Regel der (einseitigen) Schriftlichkeit bei Verbürgung und Abgabe eines (vom Rechtsgrund absehenden) Schuldversprechens oder -anerkenntnisses

(mit hinzukommender formloser Annahme durch die andere Vertragspartei). Durch § 350 nicht berührt sind dagegen diejenigen Regeln des BGB. welche für besondere Fälle der in § 350 HGB. erwähnten Geschäfte eine „andere", nämlich eine erschwerte Form vorschreiben. Bezüglich des Schuldanerkenntnisses ist dies dadurch zum Ausdruck gebracht, daß in § 350 HGB. nur der § 781 Satz 1 BGB., nicht auch Satz 2, als außer Anwendung bleibend angeführt ist. Ist für die Begründung eines Schuldverhältnisses eine andere Form (also mehr als schriftliche Erklärung der einen Vertragspartei) vorgeschrieben (vgl. oben Anm. II), und soll das Bestehen dieses Schuldverhältnisses anerkannt werden, so bedarf mithin der Anerkennungsvertrag jener Form (§ 781 Satz 2; vgl. § 518), auch wenn die Anerkennungserklärung Handelsgeschäft ist. Dasselbe gilt aber auch von dem Schuldversprechen. Auch dieses bedarf nach BGB. in gewissen Fällen (z. B. §§ 311, 313, 518 BGB.) einer anderen Form als bloßer Schriftlichkeit der Erklärung einer Partei. In § 780 ist die Anwendung dieser erschwerenden Bestimmungen durch die Worte „soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist" vorbehalten. Wenn nun auch § 350 HGB. für den dort behandelten Fall den § 780 ohne Beschränkung außer Anwendung setzt, so wird hierdurch doch die Anwendung jener erschwerenden Bestimmungen nicht gleichfalls ausgeschlossen, sie sind vielmehr zu beachten selbst wenn auf Seite des Versprechenden ein Handelsgeschäft vorliegt. Entsprechendes gilt endlich auch bezüglich des Bürgschaftsversprechens; bei diesem wird indessen tatsächlich fast nie eine der erschwerenden Bestimmungen eingreifen können, weshalb auch § 766 BGB. einen hierauf bezüglichen Vorbehalt nicht enthält. — Nicht berührt durch § 350 HGB. sind Vorschriften anderer Reichsgesetze, welche die Schriftform vorschreiben, ohne für Handelsgeschäfte Ausnahmen zu machen (EGHGB. Art. 2 Abs. 2); so z. B. nicht die Vorschriften der Wechselordnung. — Nicht berührt sind ferner diejenigen Vorschriften des BGB., nach denen aus anderen Gründen als wegen Formmangels Nichtigkeit oder Unklagbarkeit des Rechtsgeschäfts eintritt; diese Vorschriften kommen auch in den durch § 350 HGB. zugelassenen Fällen formloser Erklärungen zur Anwendung. — Nicht berührt endlich ist die Möglichkeit der Vorschreibung bestimmter Formen durch Rechtsgeschäft (vgl. BGB. § 125 Satz 2).

b. **Formlose** Verbürgung und formloses Schuldversprechen und -anerkenntnis sind mithin wirksam, wenn die zu a erwähnten erschwerenden Ausnahmevorschriften nicht eingreifen, wenn für den Bürgen, Versprechenden oder Anerkennenden ein Handelsgeschäft vorliegt, und wenn jene Erklärungen von der anderen Vertragspartei angenommen sind. — Die formlose Willenserklärung kann auch als stillschweigende abgegeben werden (Planck[3] Buch I Abschn. 3 Titel 2 Vorbem. I). Auch genügt die Abgabe der Bürgschaftserklärung gegenüber dem Hauptschuldner oder einem Dritten, wenn diese zugleich ermächtigt werden, dem Gläubiger die Erklärung zu überbringen und dies getan haben (§ 349 Anm. I c 1). Welche Tatbestände als eine Bürgschaftsübernahme auszulegen sind vgl. § 349 Anm. I c.

§ 351.

Minderkaufleute.

Die Vorschriften der §§ 348 bis 350 finden auf die im § 4 bezeichneten Gewerbetreibenden keine Anwendung.

ADH. — **Entw. I** § 323. **Entw. II** § 343.

I. **Ist die Firma des Minderkaufmanns im Handelsregister eingetragen,** so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe zu den in § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre (§ 5). Über die Frage, inwieweit in solchem Fall geltend gemacht werden kann, daß überhaupt kein Gewerbe betrieben werde, vgl. § 5 Anm. II c 1, § 343 Anm. II b 1.

II. **Wird das minderkaufmännische Gewerbe von einem Verein betrieben, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt,** so ist § 351 nicht anwendbar, vielmehr finden trotz desselben die §§ 348—350

Anwendung (Staub Anm. 4). Der Entwurf zum HGB. enthielt den jetzigen § 6 Abs. 2 als § 4 Abs. 3. Wenn der Entwurf zum jetzigen § 351 die „im § 4 bezeichneten" Gewerbetreibenden erwähnte, so bezog sich dies mithin auf die im § 4 Abs. 1 abzüglich der im damaligen § 4 Abs. 3 Entw. erwähnten. Die Reichstagskommission hat den § 4 Abs. 3 umgestellt, so daß er jetzt als § 6 Abs. 2 erscheint; hierbei ist übersehen worden, eine entsprechende Änderung in der Fassung, sei es des § 351, sei es des § 6 Abs. 2, vorzunehmen.

III. **Maßgebender Zeitpunkt** ist derjenige der Vornahme des Rechtsgeschäfts (vgl. § 343 Anm. IIb 1); unerheblich ist daher, ob später die Eigenschaft als Vollkaufmann erworben wird.

IV. Zinsen, Provision, Lagergeld (§§ 352—354).

§ 352.

Höhe der Zinsen.

Die Höhe der gesetzlichen Zinsen, mit Einschluß der Verzugszinsen, ist bei beiderseitigen Handelsgeschäften fünf vom Hundert für das Jahr. Das Gleiche gilt, wenn für eine Schuld aus einem solchen Handelsgeschäfte Zinsen ohne Bestimmung des Zinsfußes versprochen sind.

Ist in diesem Gesetzbuche die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen ohne Bestimmung der Höhe ausgesprochen, so sind darunter Zinsen zu fünf vom Hundert für das Jahr zu verstehen.

ADH. Art. 287. **Entw. I** — **Entw. II** § 344.

I. Die §§ 246, 288 BGB.
II. Gesetzliche Zinsen.
III. Rechtsgeschäftliche Zinsen.
IV. Zinsen in Konsulargerichtsbezirken und Schutzgebieten.
V. Übergangsfrage.

I. **Die §§ 246, 288 BGB.** lauten:

§ 246. „Ist eine Schuld nach Gesetz oder Rechtsgeschäft zu verzinsen, so sind vier vom Hundert für das Jahr zu entrichten, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist."

§ 288. „Eine Geldschuld ist während des Verzugs mit vier vom Hundert für das Jahr zu verzinsen. Kann der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrunde höhere Zinsen verlangen, so sind diese fortzuentrichten.

Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen."

Eine Ausnahme von BGB. § 288 enthält BGB. § 522:

„Zur Entrichtung von Verzugszinsen ist der Schenker nicht verpflichtet."

Hierzu vgl. Pr.AGBGB. Art. 10:

„Soweit in Gesetzen, die neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft bleiben, die Verzinsung einer Schuld mit mehr als vier vom Hundert für das Jahr vorgeschrieben ist, tritt an die Stelle dieser Verzinsung die Verzinsung mit vier vom Hundert. Dies gilt für die Zeit nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch dann, wenn die Verzinsung schon vorher begonnen hat."

In diese Bestimmungen greift § 352 Abs. 1 HGB. in der Weise ein, daß bei beiderseitigen Handelsgeschäften überall die Zahl „vier" durch „fünf" zu ersetzen ist, im übrigen aber (unten Anm. IIb 1) jene Bestimmungen unberührt bleiben. Der § 352 bestimmt nur über die Höhe der Zinsen, vorausgesetzt, daß eine Zinszahlungspflicht besteht; ob sie besteht, ist nicht aus § 352 ableitbar. — Die Bestimmung des Pr. EGHGB. Art. 14 ist aufgehoben durch Pr. AGHGB. Art. 8 Nr. 1 (12. Aufl. S 443).

II. **Gesetzliche** Zinsen.

a. **Verhältnis der Regel des BGB. zu den Ausnahmen des HGB. § 352.** Die Regel ist enthalten in den in Anm. I angeführten Bestimmungen; der § 352 macht hiervon Aus-

nahmen sowohl bezüglich der Zinsen aus beiderseitigen Handelsgeschäften (§ 352 Abs. 1 Satz 1) wie auch bezüglich der im HGB. ausgesprochenen Verpflichtungen zur Zinszahlung (§ 352 Abs. 2). Eine andere Ausnahme folgt aus den durch das BGB. und das HGB. nicht berührten (EGBGB. Art. 32, EGHGB. Art. 2 Abs. 2, KB. 112, 113) Vorschriften der Wechselordnung und des Berner Vertrags (unten zu d und e). — Die in BGB. § 246 enthaltenen Worte: „sofern nicht ein Anderes bestimmt ist" verweisen nicht etwa auf die vorerwähnten Ausnahmen, sondern auf die Vorschriften in BGB. § 288 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und auf die Möglichkeit einer Abänderung des gesetzlichen Zinssatzes durch Rechtsgeschäft.

b. **Bei beiderseitigen Handelsgeschäften (§ 352 Abs. 1 Satz 1).**

1. „Mit Einschluß der Verzugszinsen." Dies ist hier im Anschluß an die Fassung des Art. 287 ADH. „insbesondere auch der Verzugszinsen" besonders hervorgehoben. Auch nach dem Sprachgebrauch des BGB. fallen die Verzugszinsen unter die „nach Gesetz" zu entrichtenden Zinsen. — In die Frage, ob überhaupt Verzugszinsen zu zahlen sind, greift § 352 nicht ein; auch bei beiderseitigen Handelsgeschäften gilt daher insbesondere die Ausnahme des BGB. § 522, daß der Schenker nicht Verzugszinsen zu zahlen hat. Ebensowenig berührt § 352 die in BGB. § 288 Abs. 1 Satz 2 und (D. 197) Abs. 2 enthaltenen Vorschriften; diese gelten vielmehr neben § 352 (ebenso Staub Anm. 8, 9). Auf Grund des BGB. § 288 Abs. 2 kann insbesondere, wenn während der in Betracht kommenden Zeit der allgemein auf dem Geldmarkt gezahlte Zinsfuß höher ist als fünf vom Hundert, dieser höhere Zinsfuß gefordert werden, und nur dem Gegner steht der Beweis offen, daß ausnahmsweise dieser höhere Schaden nicht eingetreten ist (Staub S. 1099 Note 1, Staub in DJZ. 00 64; dagegen Dernburg[3] 2 § 72 Anm. 16, Düringer-Hachenburg Anm. II; vgl. CPO. §§ 287, 291). Als Maß gilt der notierte Privatdiskontsatz. Doch wird dieser nur bei Börsenbesuchern den Schaden in der Regel decken; andere Kaufleute werden als Regel den Zinsfuß in Anrechnung bringen können, den sie bei derjenigen Bank, mit der sie dauernd in Verbindung stehen, für entliehenes Geld zahlen müssen.

2. „Bei" = gelegentlich (§ 39 Anm. IIa 1). Hiermit sollte wohl nichts anderes ausgedrückt werden, als daß die zu verzinsende Schuld auf einem beiderseitigen Handelsgeschäft beruhen muß. Entsprechend § 352 Abs. 1 Satz 2 „Schuld aus einem solchen Handelsgeschäfte". Der § 352 Abs. 1 Satz 1 findet daher auf eine Schuld aus beiderseitigem Handelsgeschäft Anwendung auch, wenn das Rechtsgeschäft, das den Beginn des Zinsenlaufs herbeiführt, nicht beiderseitiges Handelsgeschäft ist, so z. B. wenn durch Zustellung der Klage die Zinszahlungspflicht des nicht in Verzug befindlichen Schuldners herbeigeführt wird (BGB. § 291), zu diesem Zeitpunkt aber der Schuldner oder der Gläubiger oder beide aufgehört haben, Kaufmann zu sein. Umgekehrt findet § 352 Abs. 1 Satz 1 keine Anwendung, wenn das ursprüngliche Geschäft nicht beiderseitiges Handelsgeschäft war, wenngleich das Rechtsgeschäft, das für den Beginn des Zinsenlaufs bestimmend ist, beiderseitiges Handelsgeschäft ist; ein solcher Fall wird bei gesetzlichen Zinsen allerdings kaum vorkommen können. Hieran ändert sich wohl auch dann nichts, wenn man die Ansicht des RG. 46 74 zu grund legt, daß Verzug nicht ein einmaliges Ereignis, sondern eine Tatsache von Dauer ist, mithin die jeweilige Gesetzgebung für die eintretenden Folgen entscheidend sei; denn nach der oben vertretenen Ansicht ist überhaupt nicht der Zeitpunkt des Verzugs, sondern der Zeitpunkt, in dem das Geschäft ursprünglich abgeschlossen ist, der maßgebende. Demgemäß hört die einmal entstandene Verpflichtung, für den Fall etwaigen künftigen Verzugs die Schuld mit 5% zu verzinsen, auch nicht für die Zukunft dadurch auf, daß der Schuldner nachträglich die Kaufmannseigenschaft verliert (vgl. auch § 353 Anm. Ib 1; dagegen RG. 29 I 02 JW. 186[24], Goldmann Nr. 17).

3. „Beiderseitiges Handelsgeschäft." Handelsgeschäft vgl. § 343 Anm. II, III, § 344. Im Begriff „Handelsgeschäft" liegt bereits die Bezugnahme auf eine Person, für die das Geschäft Handelsgeschäft ist (§ 343 Anm. IIb 2). Auch der Ausdruck „beiderseitiges Handelsgeschäft" weist daher nicht auf eine besondere Eigenschaft hin, die dem Geschäft an sich anhaftet, vielmehr nur darauf, daß es für jeden der beiden Beteiligten die Eigenschaft als Handelsgeschäft hat. — Nicht notwendig stehen sich nur zwei Beteiligte

gegenüber; der § 352 ist dann nur anwendbar, wenn für alle am Hauptgeschäft Beteiligten das Geschäft ein Handelsgeschäft ist. Hat z. B. ein Kaufmann in seinem Betrieb eine Sache an einen Kaufmann zu dessen Betrieb und an einen Nichtkaufmann gemeinsam verkauft und übergeben (vgl. BGB. §§ 446, 452), so haften beide auf Verzinsung des Kaufpreises mit nur vier vom Hundert. Auch nachdem in einem solchen Fall beide Gesamtschuldner in Verzug geraten sind (vgl. BGB. § 425), tritt keine Erhöhung des vom schuldenden Kaufmann zu zahlenden Zinssatzes ein, da die Kündigung, auch wenn sie gegenüber einem Kaufmann in dessen Betrieb erklärt worden, für diesen nicht Handelsgeschäft ist (§ 343 Anm. IIa 2). — Die etwaige Eigenschaft der Beteiligten als Minderkaufleute steht dem Vorliegen eines beiderseitigen Handelsgeschäfts nicht entgegen (§ 343 Anm. IIb 1; vgl. KB. 111).

c. **Falls im HGB. Zinszahlungspflicht ohne Bestimmung der Zinsenhöhe ausgesprochen (§ 352 Abs. 2).** Unerheblich ist hierfür, ob ein „beiderseitiges Handelsgeschäft" vorliegt; andererseits ist die Möglichkeit des Vorliegens nicht ausgeschlossen; in einem Einzelfall können daher gleichzeitig die Voraussetzungen des § 352 Abs. 1 Satz 1 und des § 352 Abs. 2 gegeben sein. Der § 352 Abs. 2 findet aber auch Anwendung, wenn überhaupt kein Handelsgeschäft vorliegt (ebenso Mosse Anm. 4, Lehmann Nr. 11). Die im Entwurf enthaltenen Worte „auch wenn die Schuld nicht durch ein Handelsgeschäft begründet ist" sind in der Reichstagskommission (KB. 109ff.) gestrichen, ohne daß aus dem KB. klar hervorginge, warum. Der ursprüngliche Antragsteller scheint allerdings die Absicht gehabt zu haben, den Entwurf auch sachlich zu ändern und den § 352 Abs. 2 auf Handelsgeschäfte zu beschränken; doch ist dies in der jetzigen Fassung nicht zum Ausdruck gekommen. Das HGB. spricht die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen ohne Bestimmung ihrer Höhe an folgenden Stellen aus: §§ 110, 111, 218, 353, 354, 355, 500, 687. In allen diesen Fällen kommt § 352 Abs. 2 zur Anwendung (abweichend KB. 112). — Die in den § 352 Abs. 2 übernommenen Worte „ohne Bestimmung der Höhe" standen im bisherigen Art. 287 ADH. mit Rücksicht darauf, daß in Art. 106 ADH. eine Verzinsung der „Anteile am Gesellschaftsvermögen" mit 4 vom Hundert festgesetzt war (P. 1314); da aber das HGB. nicht mehr eine Verzinsung der Kapitalanteile kennt und auch an keiner anderen Stelle eine Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen von bestimmter Höhe ausspricht, so sind jene Worte jetzt gegenstandslos.

d. **Nach Wechselrecht.** Nach WO. Art. 50, 51 sind zu fordern berechtigt der „Inhaber, welcher den Wechsel mangels Zahlung hat protestieren lassen", die „nicht bezahlte Wechselsumme nebst sechs Prozent jährlicher Zinsen vom Verfalltage ab", und gegenüber einem früheren Indossanten oder dem Aussteller „der Indossant, welcher den Wechsel eingelöst oder als Rimesse erhalten hat", „die von ihm gezahlte oder durch Rimesse berichtigte Summe nebst sechs Prozent jährlicher Zinsen vom Tage der Zahlung". Nach WO. Art. 81 erstreckt sich auch die Verpflichtung des Ausstellers, Akzeptanten und Indossanten, sowie eines jeden Mitunterzeichners, selbst wenn er sich dabei nur als Bürge benannt hat, auf „alles, was der Wechselinhaber wegen Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit zu fordern hat". In zutreffender entsprechender Anwendung dieser Vorschriften, ohne daß hierbei auf Gewohnheitsrecht Bezug genommen wurde — und ohne daß die Heranziehung von Gewohnheitsrecht erforderlich wäre (dagegen CosackHR. § 51 II 2c, Dernburg[3] 2 § 22 bei Anm. 14, Staub Anm. 12) — ist angenommen worden, daß die Verpflichtung des Akzeptanten zur Zahlung von sechs Prozent Zinsen seit Verfall auch dann eintrete, wenn der Wechsel ihm vorgelegt, wenngleich weder weiterbegeben noch protestiert ist (ROH. 1 250). Diese Bestimmungen der Wechselordnung, sowohl soweit ihr Wortlaut wie auch soweit ihre entsprechende Anwendung reicht, bleiben unberührt durch das HGB. § 352 (EGHGB. Art. 2 Abs. 2, RG. 26 V 00 OLGRspr. 1 259).

e. **Nach zwischenstaatlichem Frachtrecht.** Der Berner Vertrag (RGBl. 92 793) bestimmt in Art. 42:

„Der Forderungsberechtigte kann sechs Prozent Zinsen der als Entschädigung festgesetzten Summe verlangen. Diese Zinsen laufen von dem Tage, an welchem das Entschädigungsbegehren gestellt wird."

Auf welche Frachtverträge diese Bestimmung Anwendung findet, vgl. § 453 Anm. II b—d. Sie bezieht sich auf alle vertraglichen und außervertraglichen Entschädigungsforderungen gegen die Eisenbahn auf Grund zwischenstaatlicher Güterbeförderung (Eger Intern. Übereink. Anm. 203).

III. **Rechtsgeschäftliche** Zinsen (**§ 352 Abs. 1 Satz 2**).

a. **Ist** durch Rechtsgeschäft **die Höhe der zu entrichtenden Zinsen bestimmt**, sei es bedingt durch Eintreten des Verzugs, sei es in anderer Weise, so ist diese Bestimmung maßgebend (BGB. § 246: „sofern nicht ein anderes bestimmt ist", BGB. § 288 Abs. 1 Satz 2). Das BGB. kennt keine Beschränkung der Vertragsfreiheit dahin, daß nur ein bestimmter Höchstbetrag von Zinsen bedungen werden dürfe; die beiden in BGB. § 138 und (RG. 109) § 247 enthaltenen anderweiten Beschränkungen (Nichtigkeit bei Wucher, Kündigungsrecht wenn mehr als 6 vom Hundert) gelten auch bei Handelsgeschäften. Über Zinseszinsen vgl. § 353 Anm. II.

b. **Ist eine Bestimmung nicht getroffen**, so kommt die Regel des § 246 BGB. zur Anwendung, wonach 4 vom Hundert an Zinsen zu entrichten sind. Hiervon macht § 352 Abs. 1 Satz 2 eine Ausnahme für den Fall, daß die Schuld, deren Verzinsung versprochen ist, auf einem beiderseitigen („solchen") Handelsgeschäft (oben Anm. II b 3) beruht („aus"; vgl. oben Anm. II b 2).

IV. **Gesetzliche und rechtsgeschäftliche Zinsen in Konsulargerichtsbezirken und Schutzgebieten.** Das KonsGG. 7 IV 00 (RGBl. 213) bestimmt in § 33:

„Durch Kaiserliche Verordnung kann für einen Konsulargerichtsbezirk oder für einen Teil eines solchen angeordnet werden, daß statt der in den §§ 246, 247, 288 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und im § 352 des Handelsgesetzbuchs aufgestellten Zinssätze ein höherer Zinssatz gilt."

Demgemäß ist in der Einführungsverordnung v. 25 X 00 (RGBl. 999) angeordnet in Art. 3:

„Statt der in den §§ 246, 247, 288 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und im § 352 des Handelsgesetzbuchs aufgestellten Zinssätze gilt in den Konsulgerichtsbezirken ein den landesüblichen Vertragszinsen entsprechender Zinssatz, jedoch höchstens ein solcher von zehn vom Hundert für das Jahr."

Der § 33 KonsGG. findet nach SchutzgebG. § 3 (RGBl. 00 813) für die Schutzgebiete entsprechende Anwendung; von der darin enthaltenen Ermächtigung ist jedoch bisher für die Schutzgebiete nicht Gebrauch gemacht worden.

V. **Beginn des Zinsenlaufs vor 1. Januar 1900.** In feststehender Rechtsprechung ist angenommen, daß auch, wenn der Zinsenlauf bereits vor 1. Januar 1900 begonnen hat, dennoch für die nach 1. Januar 1900 verfließende Zeit die Zinsenhöhe sich nach den neuen Gesetzen richtet (RG. **46** 74, 82, **49** 65; dagegen Staub Anm. 17, Lehmann Nr. 12). Die Forderung auf Zahlung gesetzlicher Zinsen entsteht, da sie einen Gegenwert für die Möglichkeit der Benutzung des Kapitals bildet, erst mit dieser Möglichkeit der Benutzung (vgl. RG. 52 52).

§ 353.

Recht auf Zinsen.

Kaufleute unter einander sind berechtigt, für ihre Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften vom Tage der Fälligkeit an Zinsen zu fordern. Zinsen von Zinsen können auf Grund dieser Vorschrift nicht gefordert werden.

ADH. Art. 289. **Entw. I** § 324. **Entw. II** § 345.

I. Beginn des Zinsenlaufs. II. Zinseszinsen.

I. **Beginn des Zinsenlaufs (§. 353 Satz 1).**

a. **Verhältnis des § 353 Satz 1 zu den Vorschriften des BGB.** Das BGB. läßt als **Regel** den Lauf der Zinsen erst mit dem Eintreten des Verzugs beginnen und mit dem Aufhören des Verzugs endigen, indem § 288 Abs. 1 Satz 1 bestimmt:

„Eine Geldschuld ist während des Verzugs . . . zu verzinsen."

Von dieser Regel macht das BGB. **Ausnahmen** nach zwei Richtungen:

1. Keine Zinsen. Der Schenker hat trotz Verzugs keine Zinsen zu zahlen (BGB. § 522); während Verzugs des Gläubigers (BGB. § 301) oder Hinterlegung (BGB. § 379 Abs. 2) laufen keine Zinsen; für Aufwendungen auf einen Gegenstand sind für die Zeit, während deren vom Aufwender die Nutzungen des Gegenstands gezogen werden, Zinsen nicht zu entrichten (BGB. § 256 Satz 2). Keine Zinsen laufen bei einer durch ein vorlegungspflichtiges Papier verbrieften, wenngleich kalendermäßig bestimmten Holschuld, solange nicht das Papier zwecks Einziehung der Schuld vorgelegt wird (BGB. §§ 296, 301, ROH. 22 305, Düringer-Hachenburg Anm. II 4, Goldmann Nr. 7; dagegen Staub Anm. 8), denn bis dahin ist der Gläubiger in Annahmeverzug. Anders nur, wenn der Gläubiger beweist (Planck[3] § 296 Anm. I), daß der Schuldner zu jener Zeit nicht imstande war, zu leisten.
2. Zinsenbeginn vor Verzug. In zahlreichen Fällen ist der Beginn des Zinsenlaufs so bestimmt, daß er von dem Vorliegen eines Verzugs unabhängig ist, mithin unter Umständen auch vor Eintreten des Verzugs beginnen kann. In dieser Beziehung kommen folgende Vorschriften in Betracht:

Aufwendungen. § 256. „Wer zum Ersatze von Aufwendungen verpflichtet ist, hat den aufgewendeten Betrag oder, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind, den als Ersatz ihres Wertes zu zahlenden Betrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen. Sind Aufwendungen auf einen Gegenstand gemacht worden, der dem Ersatzpflichtigen herauszugeben ist, so sind Zinsen für die Zeit, für welche dem Ersatzberechtigten die Nutzungen oder die Früchte des Gegenstandes ohne Vergütung verbleiben, nicht zu entrichten" (vgl. HGB. § 109 Abs. 2).

Verzug des Schuldners. § 290. „Ist der Schuldner zum Ersatze des Wertes eines Gegenstandes verpflichtet, der während des Verzugs untergegangen ist oder aus einem während des Verzugs eingetretenen Grunde nicht herausgegeben werden kann, so kann der Gläubiger Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Wertes zu Grunde gelegt wird. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner zum Ersatze der Minderung des Wertes eines während des Verzugs verschlechterten Gegenstandes verpflichtet ist."

Rechtshängigkeit. § 291 Satz 1. „Eine Geldschuld hat der Schuldner von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an zu verzinsen, auch wenn er nicht im Verzug ist; wird die Schuld erst später fällig, so ist sie von der Fälligkeit an zu verzinsen."

Rücktritt. § 347 Satz 3. „Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen."

Kauf. § 452. „Der Käufer ist verpflichtet, den Kaufpreis von dem Zeitpunkt an zu verzinsen, von welchem an die Nutzungen des gekauften Gegenstandes ihm gebühren, sofern nicht der Kaufpreis gestundet ist." Die Nutzungen gebühren ihm nach § 446 seit der Übergabe oder seiner früheren Eintragung in das Grundbuch als Eigentümer.

Werkvertrag. § 641 Abs. 2. „Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen, sofern nicht die Vergütung gestundet ist."

Auftrag. § 668. „Verwendet der Beauftragte Geld für sich, das er dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen."

So auch bei Dienst- oder Werkvertrag, der Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (BGB. § 675) und bezüglich der geschäftsführenden Gesellschafter bei Gesellschaft (BGB. § 713; vgl. HGB. § 111 Abs. 1).

Verwahrung. § 698. „Verwendet der Verwahrer hinterlegtes Geld für sich, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen."

Ungerechtfertigte Bereicherung. § 819. „Kennt der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang oder erfährt er ihn später, so ist er von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntnis an zur Herausgabe

verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre.

Verstößt der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so ist er von dem Empfange der Leistung an in der gleichen Weise verpflichtet."

§ 820 (Herausgabe, wenn bezweckter Erfolg nicht eingetreten oder als möglich vorausgesehener Wegfall des Rechtsgrunds eintritt) Abs. 2. „Zinsen hat der Empfänger erst von dem Zeitpunkt an zu entrichten, in welchem er erfährt, daß der Erfolg nicht eingetreten oder daß der Rechtsgrund weggefallen ist; . . ."

Unerlaubte Handlungen. § 849. „Ist wegen der Entziehung einer Sache der Wert oder wegen der Beschädigung einer Sache die Wertminderung zu ersetzen, so kann der Verletzte Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Wertes zu Grunde gelegt wird."

Herausgabepflicht des Besitzers. Vgl. BGB. §§ 987 Abs. 2 ff.

Verwendung von Mündelgeld. § 1834. „Verwendet der Vormund Geld des Mündels für sich, so hat er es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen." Ebenso beim Pfleger (§ 1915).

Fernere Ausnahmen ergeben sich aus Vorschriften des Handelsgesetzbuchs: Für maßgebend erklärt

§ 110 Abs. 2 die „Zeit der Aufwendung",

§ 111 Abs. 1 den „Tag, an welchem die Zahlung oder die Ablieferung hätte geschehen sollen oder die Herausnahme des Geldes erfolgt ist",

§ 218 den „Tag, an welchem die Zahlung hätte geschehen sollen",

§ 354 den „Tag der Leistung",

§ 355 den „Tag des Abschlusses",

§ 500 den „Zeitpunkt der Vorschüsse",

§ 687 den „Zahlungstag".

Aus vorstehender Zusammenstellung geht hervor, daß der Zeitpunkt, von welchem an der Zinsenlauf beginnt, unter Umständen vor dem Zeitpunkt der Fälligkeit liegen kann (z. B. HGB. § 354 bei Darlehen), in einzelnen der angeführten Fälle sogar in der Regel vor diesem Zeitpunkt liegt (z. B. BGB. §§ 256, 347).

Der § 353 Satz 1 HGB. ist trotz seiner unbeschränkten Fassung dahin zu verstehen, daß er weder in die vorstehend zu 1 (vgl. P. 1316), noch in die vorstehend zu 2 (vgl. P. 1318) aufgeführten Ausnahmevorschriften eingreifen, vielmehr lediglich die im BGB. § 288 Abs. 1 Satz 1 enthaltene Regel dahin ändern will, daß bei beiderseitigem Handelsgeschäft nicht nur während „Verzugs", sondern während „Fälligkeit" Verzinsung eintritt. Jene Ausnahmevorschriften bleiben daher sämtlich unberührt, stimmen allerdings zum Teil mit der so geänderten Regel inhaltlich überein. — Die gemäß § 353 Satz 1 HGB. zu leistenden Zinsen entsprechen daher den Verzugszinsen des BGB., sie haben — wie diese — die Bedeutung eines Ersatzes des Mindestschadens, nicht lediglich einer Vergütung für Kapitalbenutzung (Hahn Art. 289 §§ 1—3).

b. **Inhalt des § 353 Satz 1.**

1. „Kaufleute untereinander." Kaufmann vgl. § 1 Anm. IV, § 343 Anm. IIb. Das in § 353 besonders hervorgehobene Merkmal, daß beide Beteiligte Kaufleute sein müssen, ist nicht als etwas zu dem anderen Merkmal einer „Forderung aus beiderseitigem Handelsgeschäft" Hinzukommendes, vielmehr als in letzterem Merkmal bereits enthalten gemeint. Denn ein beiderseitiges Handelsgeschäft kann nur vorliegen, wenn bei seiner Vornahme beide Beteiligte Kaufleute waren; nur auf die Zeit der Vornahme kommt es aber bei Anwendung des § 353 Satz 1 an (Bolze 5 Nr. 300; vgl. § 343 Anm. IIb 1, § 344 Anm. IIIa 1, § 363 Anm. IId 1, § 369 Anm. II, andererseits jedoch auch § 352 Anm. IIb 2; entsprechend RG. 60 77; dagegen Goldmann Nr. 1). Wollte man dies nicht annehmen, so würde durch Aufhören der Kaufmannseigenschaft

eines Beteiligten oder durch Übertragung der Forderung oder Schuld an Nichtkaufleute unter Lebenden oder von Todes wegen der Zeitpunkt des Zinsbeginns geändert werden, was nicht beabsichtigt sein kann. Die im Zusammenhang des jetzigen HGB. irreführenden Worte „Kaufleute untereinander" sind daher wohl nur versehentlich übernommen aus Art. 289 ADH.; dort hatten sie eine Bedeutung, da im ADH. beiderseitige Handelsgeschäfte von Nichtkaufleuten vorkommen konnten. Hat ein Kaufmann gegen einen Kaufmann eine Forderung aus beiderseitigem Handelsgeschäft, und werden z. B. einer oder beide Beteiligte von Nichtkaufleuten beerbt, so sind mithin auch letztere berechtigt, Zinsen seit der Fälligkeit zu fordern. Entsprechend bezüglich der Zinsenhöhe vgl. § 352 Anm. II b 2.

2. „Forderungen." Der § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB. den der § 353 Satz 1 HGB. abändert, erwähnt eine Verzinsung nur bei Geldschulden. Überhaupt werden unter „Zinsen" im gewöhnlichen Sinn nur Zinsen einer Geldschuld verstanden. Auch § 353 Satz 1 wird daher dahin beschränkend auszulegen sein, daß unter „Forderungen" nur Geldforderungen verstanden werden (ebenso Lehmann Nr. 4, Düringer-Hachenburg Anm. II 1). Leistet daher der Verkäufer dem Käufer bei Fälligkeit nicht die verkaufte Sache, so kann nicht etwa der Käufer sich auf § 353 Satz 1 berufen, um Zinsen vom Wert der Sache zu beanspruchen.

3. Aus beiderseitigen Handelsgeschäften. Vgl. § 352 Anm. II b 3. Entsteht aus dem beiderseitigen Handelsgeschäft ein Schadensersatzanspruch, so findet auch auf die Verzinsung der Ersatzsumme § 353 Anwendung (RG. 20 122). — An sich ist unerheblich, ob das Geschäft, aus dem die Forderung entstanden ist, nach ausländischem oder deutschem Recht zu beurteilen war (RG. 14 31; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II 3); doch kann, wenn für das Geschäft ausländisches Recht maßgebend war, der § 353 nur dann zur Anwendung gebracht werden, wenn bei Eintritt der Fälligkeit die beiden Parteien nach ihrem Wohnsitz dem inländischen Recht unterstanden.

4. Vom Tag der Fälligkeit beginnt der Zinsenlauf.

Und zwar unabhängig davon, ob Verzug vorliegt (D. 197). Mithin ohne Mahnung, und auch, wenn das Unterbleiben der Leistung auf einem Umstand beruht, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Die Vorschrift des § 353 Satz 1 ist jedoch nur vertragergänzend, kann mithin durch Vertrag geändert werden. Gegenüber dem § 353 Satz 1 bleiben diejenigen anderweiten Ausnahmevorschriften in Geltung, nach denen die Zinszahlungspflicht überhaupt nicht (oben Anm. I a 1) oder schon vor Fälligkeit (oben Anm. I a 2) eintritt. Der § 353 Satz 1 bezieht sich auf alle fälligen Forderungen des Kaufmanns, ohne Unterschied, ob die Fälligkeit sofort bei der Entstehung (Kontant-Ausstände) oder erst nach Ablauf einer Zeit (Zielausstände) oder einer Bedingung eintrat (P. 422). Über den Zeitpunkt der Fälligkeit vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I.

Wird nach Eintritt der Fälligkeit Stundung erteilt, so folgt aus dem Gesetz nicht, daß Zinsen für die Zukunft bis zum Wiedereintritt der Fälligkeit laufen; denn entsprechend dem BGB. § 288 Abs. 1 Satz 1 ist HGB. § 353 Satz 1 dahin auszulegen, daß für die Zeit während Fälligkeit Zinsen gefordert werden dürfen. Eine gegenteilige Parteiabrede ist jedoch auch in dieser Beziehung zulässig, und im Zweifel wird in der Tat bei einer erst nach dem ursprünglichen Vertragsabschluß erfolgenden Stundung als Parteiabsicht angenommen werden dürfen, daß die Zinsen auch in der Zwischenzeit laufen sollen (ROH. 23 392); die Umstände können jedoch auch für die gegenteilige Parteiabsicht sprechen, so bei Vergleich mit allen Gläubigern zwecks Konkursverhinderung (Staub Anm. 7). Daß der Gläubiger die bei Stundungserteilung bereits abgelaufenen Zinsbeträge nicht mehr in Anspruch nehmen wollte, muß vom Schuldner einredeweise behauptet werden, da in einer dahingehenden Abrede ein Erlaßvertrag läge.

II. **Zinseszinsen (§ 353 Satz 2).**

a. **Verhältnis des § 353 Satz 2 zu den Vorschriften des BGB.** Das BGB. § 289 bestimmt: „Von Zinsen sind Verzugszinsen nicht zu entrichten. Das Recht des Gläubigers auf Ersatz des durch den Verzug entstehenden Schadens bleibt unberührt."

Da die Zinspflicht des HGB. § 353 Satz 1 unabhängig vom Verzug eintritt, der

§ 289 BGB. aber nur den Fall der Verzugszinsen behandelt, so findet § 289 BGB. auf die gemäß § 353 Satz 1 HGB. geschuldeten Zinsen keine unmittelbare Anwendung; zur Vermeidung von Zweifeln ist daher die Bestimmung in § 353 Satz 2 HGB. aufgenommen (D. 197). Der § 353 Satz 2 HGB. stellt mithin klar, daß § 289 Satz 1 BGB. auch auf die nach § 353 Satz 1 HGB. geschuldeten Zinsen entsprechend anwendbar ist.

b. **Inhalt des § 353 Satz 2.** Die Worte „auf Grund dieser Vorschrift" weisen darauf hin, daß (entsprechend dem § 289 Satz 2 BGB.) auch § 353 Satz 2 HGB. unberührt läßt ein etwaiges Recht des Gläubigers auf Ersatz des durch Nichtleistung bei Fälligkeit oder durch Verzug entstehenden Schadens. Unberührt bleiben auch die Vorschriften des BGB. § 248 über das Vorausbedingen von Zinseszinsen und die Vorschriften des HGB. §§ 355, 687 über Zinseszinsen bei Laufrechnung und Bodmerei. — Andererseits bleiben neben § 353 Satz 2 HGB. sonstige Verbote des Forderns von Zinseszinsen (BGB. §§ 248, 289, 291) auch für beiderseitige Handelsgeschäfte bestehen (Staub Anm. 4).

§ 354.

Entgelt bei Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung.

Wer in Ausübung seines Handelsgewerbes einem Anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, kann dafür auch ohne Verabredung Provision und, wenn es sich um Aufbewahrung handelt, Lagergeld nach den an dem Orte üblichen Sätzen fordern.

Für Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen kann er vom Tage der Leistung an Zinsen berechnen.

ADH. Art. 290. **Entw. I** § 325. **Entw. II** § 346.

I. **Verhältnis des § 354 zu den Vorschriften des BGB.**

a. **Der § 354 Abs. 1 HGB.**

1. Die entsprechenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind für Dienstvertrag, Werkvertrag und Maklervertrag:

§§ 612, 632 bezw. 653 BGB. „Eine Vergütung (bezw. ein Mäklerlohn) gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung (bezw. die Herstellung des Werkes bezw. die dem Mäkler übertragene Leistung) den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung (bezw. der taxmäßige Lohn), in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung (bezw. der übliche Lohn) als vereinbart anzusehen."

Ähnlich für den Verlagsvertrag VerlagsG. § 22.

Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, ferner (BGB. § 675):

§ 670 BGB. „Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet."

Verwahrungsvertrag:

§ 689 BGB. „Eine Vergütung für die Aufbewahrung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist."

Geschäftsführung ohne Auftrag:

§ 679 BGB. „Ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn

kommt nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde."

§ 683 BGB. „Entspricht die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, so kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. In den Fällen des § 679 steht dieser Anspruch dem Geschäftsführer zu, auch wenn die Übernahme der Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht."

§ 684 BGB. „Liegen die Voraussetzungen des § 683 nicht vor, so ist der Geschäftsherr verpflichtet, dem Geschäftsführer alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. Genehmigt der Geschäftsherr die Geschäftsführung, so steht dem Geschäftsführer der im § 683 bestimmte Anspruch zu."

§ 685 Abs. 1 BGB. „Dem Geschäftsführer steht ein Anspruch nicht zu, wenn er nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen."

§ 687 Abs. 1 BGB. „Die Vorschriften der §§ 677 bis 686 finden keine Anwendung, wenn Jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, daß es sein eigenes sei."

Bei Auslegung des § 683 BGB. wird angenommen, daß dort unter „Aufwendungen" auch eine Vergütung für geleistete Arbeit einbegriffen ist in Fällen, in denen solche Leistungen üblicher Weise vergütet werden (Planck[3] § 683 Anm. 1). Zu § 670 BGB. bemerkt zwar Planck[3] § 670 Anm. 1a, daß „der Beauftragte für die Verwendung seiner Arbeitskraft regelmäßig keinen Ersatz verlangen kann, da er sich ja zur unentgeltlichen Besorgung des Geschäfts verpflichtet hat", der letztere Grund trifft aber bei Anwendung des § 670 auf einen Dienst- oder Werkvertrag, der Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, nicht zu. Vgl. auch BGB. § 1835 Abs. 2.

2. Anspruch auf Vergütung. Legt man zu grund, daß auch nach §§ 670, 683 BGB., wenn nicht im Einzelfall das Gegenteil ausdrücklich versprochen, Vergütung für geleistete Arbeit in Fällen, in denen dies üblich, zu gewähren ist, und zieht man in Betracht, daß §§ 612, 689 BGB. für die von ihnen behandelten Fälle das Gleiche verordnen, so beschränkt sich die Bedeutung des § 354 Abs. 1 HGB. im wesentlichen darauf, daß er für den Sonderfall einer Aufwendung von Arbeit durch einen Kaufmann (sei es, daß diese Arbeit auf Grund eines Dienst-, Werk-, Makler- oder andersartigen Vertrags, sei es, daß sie auf Grund einer Geschäftsführung ohne Auftrag geleistet wird) eine wichtige Gruppe von Fällen hervorhebt, in denen die Gewährung einer Vergütung üblich ist, und daß er (in ähnlicher Weise wie HGB. § 396 Abs. 2) klarstellt, daß auch Arbeit und Raumhergabe bei Verwahrung als zu ersetzende Aufwendung in Betracht kommen können. Doch bleiben neben § 354 Abs. 1 HGB. die obigen (und sonstige für andersartige Verträge bestehenden) umfassenderen Bestimmungen des BGB. (und anderer Gesetze) in Kraft; liegen deren Voraussetzungen vor, so ist daher dem Kaufmann eine Vergütung zu zahlen auch wenn die Geschäftsbesorgung, Dienstleistung oder Verwahrung nicht in Ausübung seines Handelsgewerbes erfolgt. Andererseits bleiben, da § 354 Abs. 1 nicht das BGB. ändert, sondern nur ein Beispiel seiner Anwendung gibt, die aus dem BGB. oder anderen Gesetzen sich ergebenden Ausnahmen von der unbeschränkt lautenden Regel des § 354 bestehen (unten Anm. III a 5).

3. Höhe der Vergütung. Die in § 354 Abs. 1 HGB. enthaltene Vorschrift über die Höhe der zu gewährenden Vergütung ist ohne erhebliche selbständige Bedeutung. Eine Abweichung vom BGB. besteht nur insofern, als dieses bei Dienst-, Werk- und Maklervertrag in erster Reihe eine etwa vorhandene Taxe maßgebend sein läßt (BGB. §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2, 653 Abs. 2); in allen anderen Fällen führen aber auch die Vorschriften des BGB. darauf hin, daß der Ortsgebrauch (= die Verkehrssitte) maßgebend ist (BGB. § 242), soweit nicht etwa ausnahmsweise Verkehrssitte und Treu und Glauben auseinanderfallen (§ 346 Anm. I d 2). Wenn ferner § 354 Abs. 1 HGB. hervorhebt,

daß der „an dem Orte" (der Leistung) bestehende Gebrauch der entscheidende ist, so liegt wohl auch hierin nichts von den Vorschriften des BGB. Abweichendes, wenngleich im BGB. eine entsprechende Hervorhebung fehlt.

b. **Der § 354 Abs. 2 HGB.**

1. Das BGB. bestimmt über Verzinsung von Darlehnen und Aufwendungen:

§ 608 BGB. „Sind für ein Darlehen Zinsen bedungen, so sind sie, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, nach dem Ablaufe je eines Jahres und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung zu entrichten."

§ 256 BGB. „Wer zum Ersatze von Aufwendungen verpflichtet ist, hat den aufgewendeten Betrag oder, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind, den als Ersatz ihres Wertes zu zahlenden Betrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen. Sind Aufwendungen auf einen Gegenstand gemacht worden, der dem Ersatzpflichtigen herauszugeben ist, so sind Zinsen für die Zeit, für welche dem Ersatzberechtigten die Nutzungen oder die Früchte des Gegenstandes ohne Vergütung verbleiben, nicht zu entrichten."

2. Darlehn. Bezüglich des Darlehns (und der Vorschüsse, soweit sie Darlehne sind) enthält § 354 Abs. 2 HGB. eine Abweichung vom BGB. dahin, daß ein in Ausübung des Handelsgewerbes des Darlehnsgebers gewährtes Darlehn zu verzinsen ist, wenn nichts Gegenteiliges bedungen wird. Daß Zinsen für ein Darlehn, soweit eine Verzinsung überhaupt eintritt, vom Tag der Leistung laufen, ist auch in BGB. § 608 vorausgesetzt, mithin in dieser Beziehung die Hervorhebung in § 354 Abs. 2 HGB. kein Gegensatz zum BGB., vielmehr nur eine Ausnahme von HGB. § 353 Satz 1, während im BGB. die auch dort bei zinstragendem Darlehn vorhandene entsprechende Ausnahme von BGB. § 288 als selbstverständlich nicht erwähnt ist.

3. Verwendungen. Bezüglich der Verwendungen stimmt § 354 Abs. 2 HGB. mit BGB. § 256 Satz 1 überein; die Ausnahme des BGB. § 256 Satz 2 ist aber für anwendbar auch auf den Fall des § 354 HGB. zu erachten. Daß HGB. § 354 von „Auslagen und anderen Verwendungen", dagegen BGB. § 256 von „Aufwendungen" handelt, erscheint bedeutungslos. Im BGB. ist in der Regel „Aufwendungen" (BGB. §§ 256, 257, 304, 652, 669, 670, 683, 693, 970, 995, 1390, 1429, 1618, 1648, 1835, 1978, 2124; ebenso HGB. §§ 110, 396) als umfassenderer Ausdruck gebraucht, wogegen „Verwendungen" diejenigen Aufwendungen bezeichnet, die auf einen Gegenstand (BGB. §§ 273, 450 Abs. 1, 500, 547 Abs. 1 [581 Abs. 2], 994—1002 [292, 347, 850], 1049 [1057], 1216 [1210], 2185; vgl. auch 951; ebenso HGB. § 397) oder eine Erbschaft (BGB. § 2381) gemacht sind; als zu den „Verwendungen" in gewissen Beziehungen gehörig sind diejenigen „Aufwendungen" erklärt, die zur Bestreitung von Lasten der Sache bezw. der Erbschaft gemacht werden (BGB. §§ 995, 2022). An anderen Stellen des BGB. ist „Verwendungen" in dem weiteren Sinn von „Aufwendungen" gebraucht (BGB. §§ 450 Abs. 2, 547 Abs. 2 [581 Abs. 2], 601 Abs. 2; vgl. auch §§ 1049, 1216), und umgekehrt ist in HGB. § 420 „Aufwendungen" mit Bezug auf das für einen bestimmten Gegenstand Verwendete gebraucht. Jedenfalls ist hiernach „Verwendungen" nichts von Aufwendungen Verschiedenes, sondern entweder dasselbe oder eine Unterart der Aufwendungen, so daß BGB. § 256 auf Verwendungen im Fall des HGB. § 354 Abs. 2 anwendbar ist, gleichgültig, ob man an letzterer Stelle das Wort „Verwendungen" im weiteren oder im engeren Sinn auslegen will. Auch Auslagen fallen unter den Begriff der Aufwendungen, und Vorschüsse können unter Umständen hierunter fallen.

II. **Leistung für einen anderen in Ausübung des Handelsgewerbes ohne Verabredung der Gegenleistung.** Diese Merkmale sind gemeinsame Voraussetzung des § 354 Abs. 1 und 2; in Abs. 2 ist durch das Wort „er" hierauf zurückverwiesen.

a. „Wer." Dies allgemeine Wort findet seine Beschränkung durch den Zusatz „in Ausübung seines Handelsgewerbes", denn, wer ein Handelsgewerbe betreibt, ist Kaufmann (§ 1 Abs. 1). Als Geschäftsbesorger oder Dienstleister kann daher in § 354 nur ein Kaufmann, oder

wer sich als solcher behandeln lassen muß (§ 343 Anm. II b 1), in Betracht kommen. Auch ein Minderkaufmann (ROH. 10 243). Die Kaufmannseigenschaft muß bei Vornahme des Rechtsgeschäfts vorhanden sein (§ 343 Anm. II b 1); trotz späteren Fortfalls jener Eigenschaft besteht die einmal eingetretene Verzinslichkeit fort (Bolze 5 Nr. 300).

b. **„In Ausübung seines Handelsgewerbes."** Dieser Ausdruck ist eine der mehreren Redewendungen, welche — untereinander gleichbedeutend — auf den grundlegenden Begriff der Betriebszugehörigkeit verweisen (§ 343 Anm. I a, ROH. 10 243). Über diesen Begriff vgl. § 343 Anm. II c 3 und die Beispiele in § 343 Anm. III. Auch für § 354 greifen daher die Vermutungen des § 344 ein (ebenso Staub Anm. 3). Daß das Rechtsgeschäft zu dem Handelszweig gehört, auf den das betreffende Gewerbe hauptsächlich gerichtet ist, erfordert § 354 nicht (vgl. P. 427, ROH. 7 363, Bolze 9 Nr. 231, OLG. Celle 11 II 88 ZHR. 38 180); die Worte „seines Handelsgewerbes" können hier nicht anders als in § 343 Abs. 1 (§ 343 Anm. II c) ausgelegt werden, trotzdem die in Art. 290 ADH. enthaltene Wendung „eines Handelsgewerbes" nicht übernommen ist (ebenso Lehmann Nr. 2, Düringer-Hachenburg Anm. III 3). Auch eine Heiratsvermittlung, wenn durch einen Kaufmann (gleichgültig welchen Handelszweigs) betrieben, ist im Gegensatz zur herrschenden Meinung im Zweifel als Handelsgeschäft zu erachten (§ 343 Anm. III 30); doch kann im Einzelfall jener Zweifel ausgeschlossen sein und vielmehr feststehen, daß die Heiratsvermittlung nicht zwecks Erzielung eines (wenngleich nicht einklagbaren) Gewinns, sondern aus reiner Gefälligkeit oder verwandtschaftlichen Rücksichten erfolgt ist.

c. **„Einem anderen."** Unerheblich ist, ob dieser andere ein Kaufmann ist oder nicht (D. 197). Ein auf Geschäftsbesorgung, Dienstleistung oder Aufbewahrung gerichteter Vertrag liegt nur dann vor, wenn dem anderen bei Annahme der Tätigkeit oder des Erfolges erkennbar war, daß ihm ein Dienst geleistet werden solle (RG. 25 IX 93 JW. 489[16], 19 IX 00 JW. 758[29]), und wenn der Geschäftsbesorger, Dienstleister, Verwahrer bei Leistung der Tätigkeit oder Herbeiführung des Erfolges wußte, daß er geschäftbesorge, dienstleiste, aufbewahre (RG. 23 XII 93 KGBl. 94 5). Auch bei Geschäftsführung ohne Auftrag ist Voraussetzung, daß der Wille, für einen anderen zu handeln, ernstlich bestanden hat und kundgegeben ist (Planck[2] § 677 Anm. 1 b; vgl. BGB. § 687, oben Anm. I a 1). Dagegen ist die Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Geschäftsführer zur Vornahme des Geschäfts durch ein eigenes Interesse oder das Interesse eines Dritten bestimmt worden ist (Planck[2] § 677 Anm. 1 b); dasselbe gilt auch für den § 354 (oben Anm. I a). So z. B. erwächst ein Anspruch auf Lagergeld bei der durch den Käufer erfolgenden vorläufigen Aufbewahrung der beanstandeten (§ 379) fremden Ware unter Geltendmachung eines eigenen Zurückbehaltungsrechts (RG. 1 285, Bolze 5 Nr. 663, 9 Nr. 231; dagegen Bolze 6 Nr. 345) oder bei der durch den Verkäufer erfolgenden Aufbewahrung im Fall eines Annahmeverzugs des Käufers (RG. 45 302, Bolze 11 Nr. 403). So kann Provision berechnet werden im Fall einer Veräußerung gemäß § 379 (Staub Anm. 5) oder bei Pfandverkauf, selbst wenn der Pfandgläubiger als Käufer eintritt (Bolze 12 Nr. 474). Aber auch im Fall einer Veräußerung gemäß § 373 (Staub Anm. 5; dagegen Düringer-Hachenburg 2 350), denn der Selbsthilfeverkauf bei Annahmeverzug erfolgt für Rechnung des Käufers und macht dem Verkäufer eine bei Vertragsschluß nicht vorausgesehene Mehrarbeit. Unerheblich ist, ob nach außen der Geschäftsführer als unmittelbarer Stellvertreter oder in eigenem Namen gehandelt hat, und ob er bei seiner Tätigkeit einen bestimmten Leistungsempfänger im Auge hatte (Planck[2] § 677 Anm. I b).

d. **„Auch ohne Verabredung."** Der § 354 behandelt nur den Fall, daß keine Verabredung getroffen ist; trotz des „auch" sagt er über den Fall, daß eine Verabredung getroffen sei, nichts aus, sondern setzt nur voraus, daß in letzterem Fall dasselbe gilt. Die Verabredung, die § 354 als nicht getroffen voraussetzt, ist nicht die Verabredung, daß Geschäfte besorgt, Dienste geleistet, Gegenstände aufbewahrt werden sollen. Die Worte „ohne Verabredung" schließen nicht das Bestehen eines Vertrags überhaupt, sondern nur das Bestehen einer besonderen Abrede über die Vergütung (bezw. Verzinsung) oder über deren Höhe aus. — Kein Provisionsanspruch besteht, wenn die Beteiligten ausdrücklich oder stillschweigend

in schlüssiger Weise dahin übereingekommen sind, daß keine Vergütung gewährt werden soll; ein solches Übereinkommen liegt aber vor, wenn der Empfänger der Dienstleistungen in nicht mißzuverstehender Weise seine Verpflichtung zur Gewährung einer Vergütung ablehnt, der Dienstleistende aber trotzdem in der Leistung seiner Dienste fortfährt, ohne sich den Anspruch auf Vergütung vorzubehalten, sich also dem auf Unentgeltlichkeit der Dienstleistungen gerichteten Willen des anderen unterwirft (RG. 23 I 01 JW. 164[17]). Ebensowenig besteht ein Provisionsanspruch, wenn ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist, daß die Vergütung für die Mühewaltung oder Raumbenutzung bereits in dem für die Hauptleistung bedungenen Entgelt liegen soll; so namentlich wenn die Geschäftsbesorgung, Dienstleistung oder Aufbewahrung nur Bestandteile der gewöhnlichen Ausführung eines anderen entgeltlichen Vertrags bilden (unten Anm. III a 5, Lehmann Nr. 9).

III. **Anspruch aus Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung (§ 354 Abs. 1).**

a. **Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung.** Dies Merkmal ist nur in Abs. 1, nicht auch in Abs. 2 als notwendig vorausgesetzt (unten Anm. IV a).

1. Unerheblich ist, ob ein Vertrag zugrund liegt oder nicht. Als Vertrag werden je nach dem Einzelfall z. B. Dienstvertrag, Werkvertrag, Maklervertrag, Beförderungsvertrag oder Verwahrungsvertrag in Betracht kommen; als nichtvertragliches Verhältnis Geschäftsführung ohne Auftrag. Über die Anwendbarkeit der betreffenden Bestimmungen des BGB. neben § 354 vgl. oben Anm. I a.

2. Geschäft (vgl. § 343 Anm. II a) ist hier nicht in dem beschränkten Sinn von Rechtsgeschäft gebraucht, umfaßt vielmehr jede Art von Tätigkeit (vgl. § 362 Anm. II a 3; dagegen Lehmann Nr. 9). Denn die Worte „Geschäfte besorgt" in § 354 müssen als alle Fälle einer Geschäftsführung ohne Auftrag einschließend angesehen werden, die auf letztere bezüglichen Worte „wer ein Geschäft für einen anderen besorgt" in BGB. § 677 sind aber gleichfalls als nicht auf Rechtsgeschäfte beschränkt auszulegen (Planck[2] § 677 Anm. 1 a). Aus gleichem Grund bildet in § 354 „Geschäfte besorgt" keinen scharfen Gegensatz zu „Dienste leistet" (Düringer-Hachenburg Anm. III 2; dagegen Lehmann Nr. 9). Eine Geschäftsbesorgung kann z. B. auf Grund eines Dienstvertrags oder auf Grund eines Werkvertrags geschehen. Über Geschäftsbesorgung durch einen Gelegenheitsagenten vgl. § 84 Anm. II b 3.

3. Dienst begreift nicht nur körperliche Tätigkeiten vgl. Planck[2] Buch II Abschn. VII Tit. 6 Vorbem. III 3), sondern z. B. auch die Eingehung der Gefahr einer Bürgschaftsübernahme (ROH. 11 248) oder die Gewährung von Vorschüssen durch einen Bankier (ROH. 22 74, RG. 14 I 97 JW. 116[29]). Kein Dienst liegt aber in dem Vortragen des festgestellten Überschusses auf Laufrechnung an sich, ohne Verbindung mit einer Vorschußgewährung (ROH. 22 75).

4. Aufbewahrung ist in § 354 Abs. 1 als ein besonderer Fall der Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung hervorgehoben. Nichtsdestoweniger braucht sie nicht notwendig eine Beaufsichtigung zu enthalten; es genügt vielmehr, wenn sie in bloßer Raumhergabe besteht (ROH. 23 96). Auch braucht weder ein Verwahrungsvertrag noch Verwahrung ohne Auftrag vorzuliegen, vielmehr kann eine auf einem andersartigen Rechtsverhältnis beruhende Verwahrungspflicht bestehen, z. B. auf Grund des HGB. § 362 Abs. 2 oder § 379 Abs. 1. — Die Raumhergabe muß eine von demjenigen, der über den Raum zu verfügen hat, gewollte sein (ROH. 23 96, OLG. Celle 11 II 88 ZHR. 38 180); werden ohne sein Wissen Gegenstände eingelagert, so besteht kein Anspruch aus § 354, sondern nur möglicherweise ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Unerheblich ist, ob der Lagergeld Fordernde selbst die Aufbewahrung bewirkt hat, oder ob er einen Dritten damit betraut hat. Über die Zulässigkeit der Geltendmachung eines Anspruchs bei Aufbewahrung in den Fällen der §§ 373, 379 vgl. oben Anm. II c.

5. Nicht jede betriebszugehörige Geschäftsbesorgung, Dienstleistung oder Aufbewahrung eines Kaufmanns begründet den Anspruch auf Provision oder Lagergeld (ROH. 8 115, 16 34, vgl. 23 74). Der § 354 ist vielmehr nur dann maßgebend, wenn nichts Gegenteiliges aus den besonderen für das betreffende Schuldverhältnis geltenden Regeln folgt.

Diese Regeln können vertragergänzend oder zwingend sein, und im ersteren Fall entweder ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen oder auf Verkehrssitte beruhend. So ist z. B. im Zweifel keine Vergütung zu entrichten für die Bemühung um Vermittlung eines Geschäfts, wenn der Erfolg nicht eingetreten ist (ROH. 16, 34, BGB. § 652, HGB. §§ 88, 396). So erlangt der Makler keinen Anspruch auf Maklerlohn, wenn er dem Inhalt des Vertrags zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist (BGB. § 654; für Handelsmakler vgl. jedoch HGB. § 93 Anm. II). So besteht kein klagbarer Anspruch, wenn der geleistete Dienst eine Heiratsvermittlung ist (BGB. § 656) oder die Ausführung des Auftrags eines nicht im Börsenregister Eingetragenen zum Abschluß eines Börsentermingeschäfts (BörsG. § 66 Abs. 2). So kann der Handlungsagent im Zweifel nur für zur Ausführung gelangte Geschäfte Provision fordern (HGB. § 88), der Kommissionär desgleichen, außer wenn Auslieferungsprovision ortsgebräuchlich ist (HGB. § 396). Ob der Agent Lagergeld fordern kann, vgl. § 90 Anm. I. — Ebenso auch, wenn es sich um Nebendienste handelt, deren Vergütung in dem für die Hauptleistung bedungenen Entgelt steckt, wie z. B. in Regel (vgl. jedoch ROH. 3 115) die Arbeit des Verpackens in dem für die Hülle bedungenen Preis. Doch kommt in letzterem Fall nicht in Frage, wie — einen unter § 354 fallenden Tatbestand vorausgesetzt — § 354 anzuwenden ist, sondern ob der gegebene Tatbestand unter § 354 fällt. Denn wenn im Einzelfall der Vertrag dahin auszulegen ist, daß die bedungene Vergütung den geleisteten Dienst mitlohnen soll, so liegt die Voraussetzung, von der § 354 ausgeht („ohne Verabredung"; oben Anm. II d), nicht vor. Dasselbe gilt auch, falls der Kommissionär zugleich ein Speditionsgeschäft ausführt, für die Frage, ob die Speditörprovision als durch die Kommissionärprovision mitabgegolten anzusehen ist (vgl. RG. 1 XII 00 JW. 01 10[14]).

b. **Provision oder Lagergeld** sind die zu beanspruchende Gegenleistung im Fall des § 354 Abs. 1.

1. Provision. Die Verweisung auf den Ortsgebrauch bezieht sich nicht nur auf das Lagergeld, sondern auch auf die Provision (P. 1317). Unter Provision wird eine Vergütung verstanden, deren Höhe nach dem Wert oder Preis des Gegenstands berechnet wird, auf den sich die Mühewaltung bezieht (ROH. 22 73) im Gegensatz zur Tantieme, die nach der Höhe des Gewinns berechnet wird. Die Fälle des § 354 Abs. 1 sind nicht die einzigen, in denen die Zahlung einer Provision üblich ist (ROH. 22 408, 23 16). — Vgl. über Provision beim Agenten §§ 88, 89, beim Kommissionär §§ 394, 396, 403, beim Speditör §§ 409, 412, 413.

2. Lagergeld. Bei Aufbewahrung ist nur Lagergeld, nicht außerdem Provision zu zahlen. Doch ist bei Bemessung der Höhe des Lagergelds zu beachten, daß es eine Vergütung nicht nur für die Raumbenutzung sondern auch für die mit der Aufbewahrung verbundene Mühewaltung und Verantwortung bilden soll (OLG. Celle 11 II 88 ZHR. 38 180). Demjenigen Kaufmann, welcher das Lagergeschäft nicht gewerbsmäßig betreibt, darf nicht aus diesem Grund ein niedrigeres Lagergeld zugebilligt werden als das bei Einlagerung durch Lagerhalter ortsübliche (Bolze 9 Nr. 231). — Über Lagergeld des Lagerhalters vgl. § 420.

3. Ortsgebrauch. Der Ortsgebrauch ist als Maßstab für die Höhe der zu zahlenden Vergütung nicht nur in Ansehung des Lagergelds (was Düringer-Hachenburg Anm. IV annehmen), sondern auch bezüglich der Provision hervorgehoben. Er ist nach § 354 für die Höhe der zu gewährenden Vergütung maßgebend, selbst wenn eine Taxe vorhanden ist (abweichend Staub Anm. 11). Hierin liegt bei Dienst- und Maklervertrag eine Abweichung vom BGB. (oben Anm. I a 2). Ein von einer Taxe abweichender Ortsgebrauch wird jedoch selten vorhanden sein. — Maßgebend ist die Übung desjenigen Orts, an dem die Geschäftsbesorgung, Dienstleistung oder Aufbewahrung erfolgt. Bei einer kraft Beauftragung ausgeübten Tätigkeit durch eine Person mit fester Niederlassung wird dies in der Regel dahin führen, daß der Ortsgebrauch am Ort dieser Niederlassung entscheidet (§ 396 Anm. I b).

4. Darf der Fordernde seinen Anspruch nachträglich erhöhen? Hat der Leistende einen bestimmten Betrag an Provision oder Lagergeld gefordert, und beanstandet

der andere den Anspruch überhaupt oder dessen Höhe, so steht nichts im Weg, daß nunmehr — innerhalb der Grenze der Ortsüblichkeit — ein höherer Betrag als der ursprüngliche gefordert wird (dagegen, außer wenn ursprünglich Irrtum oder Vergleichsantrag vorlag, ROH. 11 249 und ihm folgend Staub Anm. 12, Mosse Anm. 6). Denn § 354 bestimmt die Vergütung nach dem äußeren Maßstab des Ortsgebrauchs, nicht, was ROH. 11 249 voraussetzt, nach dem billigen Ermessen des Leistenden; die Erklärung des letzteren ist daher unerheblich, solange daraufhin nicht eine Einigung mit dem Gegner zustande gekommen ist.

IV. **Anspruch aus Darlehnen, Vorschüssen, Auslagen und anderen Verwendungen (§ 354 Abs. 2).**

a. **Darlehne, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen.** Daß diese gelegentlich einer Geschäftsbesorgung, Dienstleistung oder Aufbewahrung gegeben sind, ist in § 354 Abs. 2 nicht vorausgesetzt (denn bei solcher Auslegung würde für ein aus anderem Anlaß gegebenes Darlehn usw. eine entsprechende Bestimmung fehlen); dagegen ist Voraussetzung auch des Abs. 2, daß die Leistung für einen anderen in Ausübung des Handelsgewerbes des Leistenden ohne Verabredung der Gegenleistung erfolgt. Auslagen dieser Art können z. B. vorkommen bei Schadensverhütung bezüglich abgelehnter (§ 362 Abs. 2) oder bei Aufbewahrung beanstandeter Ware (§ 379). — Durch das Wort „andere" sollten wohl nur die „Auslagen", nicht auch die „Darlehne" und „Vorschüsse" als eine Art „Verwendungen" gekennzeichnet werden. Die Begriffe Darlehne, Vorschüsse, Auslagen, Verwendungen schließen einander nicht unbedingt aus, decken sich vielmehr zum Teil. Nicht selten wird als Vorschuß bezeichnet jede Vorleistung von Geld bei gegenseitigen Verträgen (vgl. § 393 Anm. I a). Bisweilen sogar bei solchen Verträgen jede Abschlagszahlung der einen Partei, auch wenn darin keine Vorleistung liegt (so z. B. RG. 25 33). Unter Vorschuß kann ferner ein Darlehn verstanden sein (vgl. z. B. „Vorschuß" des Speditörs oder Frachtführers „auf das Gut", §§ 410, 440, ferner §§ 870, 893; dagegen, untereinander abweichend, Bolze 3 Nr. 339, Staub Anm. 10, Düringer-Hachenburg Anm. V 2). So namentlich ein Darlehn, für dessen Betrag ein im Besitz des Darlehnsgebers befindlicher einzulösender Gegenstand des Darlehnsnehmers Sicherheit bietet. Oder auch allgemein ein Darlehn, das unter der Vereinbarung gegeben wird, daß die Forderung auf Rückzahlung aufgerechnet werden soll gegen eine demnächst voraussichtlich entstehende oder demnächst fällig werdende anderweite Schuld des Darlehnsgebers (vgl. RG. 55 426), daß es aber zurückzuerstatten ist, insoweit jene Schuld nicht entsteht (RG. 8 371). (In solchem Fall ist im Zweifel die Rückforderung des Darlehns als bis zum Entstehen oder der Feststellung des Nichtentstehens der Gegenforderung ausgeschlossen zu erachten, vgl. ROH. 10 189.) Von einem Vorschuß kann aber auch gesprochen werden mit Bezug auf Geldaufwendungen, die ein Geschäftsführer ohne Auftrag bei einer von ihm geführten Verwaltung oder aus anderer Veranlassung (z. B. § 500) macht oder ein Dienstleistender oder Unternehmer zwecks Durchführung der Dienstleistung oder des Unternehmens, z. B. ein Speditör oder Beförderer wegen Fracht (P. 427) oder Zoll (vgl. aber § 614: „Auslagen"), oder ein Schiffer für Rechnung des Reeders (§ 532), die also unter die „Auslagen" und „Verwendungen" fallen. An einigen Stellen des HGB. (z. B. § 443 Abs. 2, vgl. auch § 614) sind aber von den „Vorschüssen" (Wertnachnahmen) derartige Auslagen (Spesennachnahmen) ausdrücklich unterschieden (§ 443 Anm. I b). Über den Ausdruck „Verwendungen" vgl. oben Anm. I b 3. Zu den Auslagen sind z. B. die Kosten vergeblicher Vorlegung eines gegebenen Schecks zu rechnen (LG. I Berlin 29 I 00 KGBl. 67).

b. **Zinsen vom Tag der Leistung an** sind die zu beanspruchende Gegenleistung im Fall des § 354 Abs. 2. Die Höhe der Zinsen beträgt 5% (§ 352 Abs. 2). Sie sind nicht Verzugszinsen (Staub Anm. 15). Hier — wie in anderen Fällen (353 Anm. I a 2) — kann der Beginn des Zinsenlaufs vor dem in § 353 als Regel für maßgebend erklärten Zeitpunkt der Fälligkeit liegen. Doch gelten auch hier die allgemeinen Regeln des BGB. (vgl. § 353 Anm. I a 1) über Nichtlaufen der Zinsen während Verzugs des Gläubigers (BGB. § 301; anscheinend dagegen ROH. 18 137), rechtmäßiger Hinterlegung (BGB. § 379 Abs. 2) und Nutzung der Aufwendungen durch den Aufwender (BGB. § 256 Satz 2; oben Anm. I b 3).

Verzug des Gläubigers liegt z. B. vor, wenn, nachdem über das Darlehn ein Wechsel ausgestellt ist, der Gläubiger diesen bei Verfall nicht vorlegt (ROH. 22 305). — Über Verzinsung einer Bodmereischuld vgl. § 687 Abs. 2.

V. Laufrechnung (§§ 355—357).

§ 355.

Zinsen. Abrechnung. Kündigung.

Steht Jemand mit einem Kaufmanne derart in Geschäftsverbindung, daß die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Theil sich ergebenden Ueberschusses ausgeglichen werden (laufende Rechnung, Kontokurrent), so kann derjenige, welchem bei dem Rechnungsabschluß ein Ueberschuß gebührt, von dem Tage des Abschlusses an Zinsen von dem Ueberschusse verlangen, auch soweit in der Rechnung Zinsen enthalten sind.

Der Rechnungsabschluß geschieht jährlich einmal, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist.

Die laufende Rechnung kann im Zweifel auch während der Dauer einer Rechnungsperiode jederzeit mit der Wirkung gekündigt werden, daß derjenige, welchem nach der Rechnung ein Ueberschuß gebührt, dessen Zahlung beanspruchen kann.

ADH. Art. 291. **Entw. I** § 326. **Entw. II** § 347.

I. **Vertragschließende.** Aus den Worten „jemand mit einem Kaufmann" ergibt sich, daß auf der einen Seite ein Kaufmann (oder wer diesem gleichsteht, § 343 Anm. II b 1) stehen muß, während es gleichgültig ist, ob auf der anderen Seite ein Kaufmann oder ein Nichtkaufmann steht. Hierin liegt eine Abänderung gegenüber dem bisherigen Art. 291 ADH., der davon ausging, daß beide Teile Kaufleute seien. Die Änderung ist erfolgt, weil schon nach früherem Recht (ROH. 11 142, 14 70) auch Laufrechnung zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann gewohnheitsrechtlich denselben Regeln unterliege wie Laufrechnung unter Kaufleuten (D. 291). Ist aber die Beschränkung, daß beide Teile Kaufleute sein müssen, einmal aufgegeben, so ist kein sachlicher Grund erkennbar, warum die in §§ 355—357 enthaltenen Regeln nicht auch auf ein Geschäft unter zwei Nichtkaufleuten anwendbar sein sollten; sie gehören in Wahrheit nicht in das HGB., sondern in das BGB., wie ja auch nicht einmal als notwendige Voraussetzung in §§ 355—357 genannt ist, daß die in der Laufrechnung berücksichtigten Geschäfte oder daß der Abschluß des Laufrechnungsvertrags Handelsgeschäfte seien. Die Bestimmungen des § 355 Abs. 2, 3, §§ 356, 357 werden daher entsprechend auch auf Laufrechnung unter zwei Nichtkaufleuten anzuwenden sein (abweichend Staub Anm. 10). Für § 355 Abs. 1 ist, so wie das Gesetz einmal lautet, und da es hier nur eine (an sich

eng auszulegende) Ausnahme von der entgegenstehenden Regel des BGB. § 248 festsetzt, die Möglichkeit entsprechender Anwendung auf Laufrechnung unter Nichtkaufleuten zweifelhaft, jedoch wohl gleichfalls zu bejahen (vgl. ROH. **11** 143; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. III 1, Lehmann Nr. 4, Goldmann Nr. 2), denn der in der Denkschrift angegebene Grund der geschehenen Ausdehnung steht einer weiteren Ausdehnung nicht entgegen, und ein besonderes Interesse der Nichtkaufleute wird nicht geschützt, wenn unter sonst gleichen Voraussetzungen zwar ein Kaufmann, aber nicht ein Nichtkaufmann von einem Nichtkaufmann Zinseszinsen fordern darf. — Mit einem Nichtkaufmann besteht ein Rechnungsverhältnis, auch wenn für ihn als unmittelbarer Stellvertreter ein Kaufmann handelt (ROH. **16** 28).

II. **Vertrag als Grundlage.** Über den Leistungsort vgl. unten Anm. VII.

a. **„Steht jemand derart in Geschäftsverbindung."** Diese Worte deuten eher dahin, daß die Regeln der §§ 355—357 an die äußere Tatsache eines Bestehens einer derartigen Geschäftsverbindung angeknüpft werden sollten. Auch D. 198 läßt die Frage, ob ein Laufrechnungsverhältnis überhaupt nur auf Vertrag beruhen kann, offen, indem sie ausführt, daß insbesondere die Berechnung von Zinsen von den einzelnen Posten während jedes Rechnungsabschnitts „mindestens insoweit, als es sich um eine Geschäftsverbindung zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann handelt, ... einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung .... bedarf." Nichtsdestoweniger wird daran festzuhalten sein, daß ein Laufrechnungsverhältnis nur vorliegt, wenn ein entsprechender Vertrag geschlossen ist (ROH. **3** 145, Bolze **16** Nr. 337, RG. **60** 292, Düringer-Hachenburg Anm. III 3, Lehmann Nr. 9). Denn die äußere Tatsache, daß „in regelmäßigen Zeitabschnitten" ausgeglichen wird, woran § 355 unter anderem das Bestehen einer Laufrechnung knüpft, würde frühestens nach Ablauf des zweiten Zeitabschnitts vorliegen, die Anwendbarkeit der §§ 355—357 daher erst dann beginnen können; auch wäre die Bestimmung des § 357 für Fälle, in denen kein Vertrag bestände, selbstverständlich. Die Worte „steht jemand derart in Geschäftsverbindung" sind daher auszulegen, als ständen sie für „ist vereinbart" (abweichend Lehmann Nr. 3). — Indessen dürfen auch auf eine zwar nicht vertraglich, aber tatsächlich — z. B. auf Grund des Auftrags eines Geisteskranken — bestehende Geschäftsverbindung einzelne der Regeln über den Laufrechnungsvertrag entsprechend angewendet werden (RG. **60** 292).

b. **Nicht notwendig ausdrücklich** braucht die Vereinbarung erfolgt zu sein. Hier — wie gemäß allgemeiner Regel (Planck[3] Buch I Abschn. III Tit. 2 Vorbem. I) — ist die stillschweigende Willenserklärung von gleicher Kraft wie die ausdrückliche (ROH. **3** 145, **6** 258, **10** 99, **11** 142, **16** 30, RG. 1 19, 22 152, Bolze **16** Nr. 337). Der Wille kann bei Beginn der Geschäftsverbindung oder nachträglich erklärt sein (RG. 1 19, 28 34). Eine schlüssige Handlung kann unter Umständen in einer dem Laufrechnungsverhältnis entsprechenden Form der Buchung oder Abrechnung gefunden werden (RG. 21 VI 05 JW. 537[25]), insbesondere in Mitteilung der Rechnungsauszüge, Feststellung des Überschusses nach bestimmten Zeiträumen und Vortrag des anerkannten Überschusses in der neuen Rechnung (Bolze **13** Nr. 343, **16** Nr. 337). Jedoch nicht stets (RG. 22 151, RG. 15 I 03 JW. Beilage 35[72]), oft namentlich nicht im Verhältnis zu Personen, die Nichtkaufleute oder Minderkaufleute sind (ROH. 2 443).

c. **Der Laufrechnungsvertrag ist ein Mantelvertrag.** Vereinbart wird hier, wie in vielen ähnlichen Fällen, nur der Rahmen, innerhalb dessen die Geschäftsverbindung sich abwickeln soll. Damit der Rahmen einen Inhalt erhält, müssen dann andere selbständige Rechtsgeschäfte hinzukommen (Düringer-Hachenburg Anm. III 3).

III. **Inhalt des Laufrechnungsvertrags (§ 355 Abs. 1 Vordersatz).** Nach § 355 besteht die Laufrechnung darin, „daß die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Teil sich ergebenden Überschusses ausgeglichen werden". Als Inhalt des Laufrechnungsvertrags wird daher anzusehen sein, daß so, wie vorsteht, verfahren werden soll. — Über die in § 397 erwähnte „laufende Rechnung" vgl. § 397 Anm. I c 5. — Über die „offene Rechnung" vgl. unten Anm. IX.

a. **„Die aus der Verbindung entspringenden"** Ansprüche und Leistungen sollen in Rechnung gestellt und demnächst ausgeglichen werden.

1. Nicht notwendig alle Ansprüche bzw. Leistungen der Parteien aneinander.

Welche derselben, darüber entscheidet der ausdrückliche oder stillschweigende und nötigenfalls aus der Verkehrssitte zu ergänzende Inhalt der Vereinbarung in dem betreffenden Einzelfall (ROH. 3 145, 5 42). Insbesondere kann aus einem bestehenden Laufrechnungsverhältnis ein einzelnes Geschäft behufs besonderer Verrechnung ausgeschieden werden (RG. 56 23). Die Vereinbarung einer Laufrechnung erstreckt sich im Zweifel nicht auf Forderungen sehr ungewöhnlicher Art, z. B. hohe Schadensersatzforderungen, und nicht auf Leistungen, die mit besonderem, den Zwecken des Laufrechnungsvertrags widerstreitenden Auftrag bewirkt werden (Staub Anm. 15).

D. 198 bemerkt: „Welche Forderungen und Leistungen in das Kontokurrent gehören, läßt sich nur im einzelnen Falle aus der Art und dem Gegenstande der Geschäftsverbindung entnehmen. Dabei ist namentlich der häufig aufgestellte Satz, daß Forderungen, welche durch Pfand oder Bürgschaft gesichert sind, sowie Forderungen aus Wechseln und anderen Wertpapieren im Zweifel von der Aufnahme in das Kontokurrent auszuschließen seien, in dieser Allgemeinheit nicht aufrecht zu erhalten. Vielfach wird die Art der Geschäftsverbindung, auf welche sich das Kontokurrent bezieht, die entgegengesetzte Annahme rechtfertigen; vor allem gilt dies für die laufende Rechnung in Kommissionsgeschäften, bei welcher die einzelnen Forderungen des Kommissionärs, falls sich das Kommissionsgut in seinem Besitze befindet, durch ein gesetzliches Pfandrecht gesichert sind."

Daß im Zweifel die Absicht der Beteiligten auf Nichterstreckung der Laufrechnung auf Wechselforderungen geht, und daß wegen des in einer bei Hingabe des Wechsels erfolgenden Gutschrift auf Laufrechnung liegenden Vorbehalts des Eingangs auch eine solche Gutschrift nicht entscheidet, ist angenommen in ROH. 3 145, OLG. Karlsruhe ZHR. 40 490 (dagegen ROH. 2 139, Levy-Rießer Der Kontokorrentvertrag S. 114 Anm. a, Lehmann Nr. 14, vgl. Nr. 20, welche im Zweifel Erstreckung auf Wechselforderungen als vereinbart erachten); ebenso für kaufmännische auf Geld lautende Verpflichtungsscheine in ROH. 22 337. Dies erachtet — wohl mit Recht — Staub Anm. 15 als trotz der entgegengesetzten Äußerung der Denkschrift auch für die Zukunft zutreffend (dagegen Rudorff zu §§ 355—357). Noch weitergehend CosackHR. § 69 I 11, der annimmt, bei Wechselansprüchen hänge es im Zweifel vom Belieben des Gläubigers ab, ob er sie in die Laufrechnung gar nicht einstellen oder auch, nachdem sie eingestellt, nachträglich wieder herausnehmen will. Davon, ob man letzteres für richtig erachtet (dagegen unten Anm. III e 1), hängt es ab, ob (mit ROH. 5 42) ein Rückschluß auf die Absicht, auch Wechselforderungen endgültig in der Laufrechnung aufgehen zu lassen, aus dem Umstand gezogen werden darf, daß auch in früheren Fällen Wechselforderungen beiderseits in die Laufrechnung aufgenommen sind oder daß die betreffende Wechselrückgriffsforderung in die dem Gegner zwecks Abrechnung übersandte Laufrechnung eingestellt worden ist. Jedenfalls aber ist aus der Aufnahme in die Laufrechnung darauf zu schließen, daß an sich die Parteien die betreffende Forderung dem Laufrechnungsvertrag unterwerfen wollten; doch bleibt der Gegenbeweis zulässig, daß die Aufnahme nur irrtümlich erfolgt sei (RG. 28 34). Auch folgt aus der Aufnahme einer Zahlung in die Laufrechnung nicht notwendig, daß die Zahlung tilgungshalber erfolgt ist; vielmehr ist möglich, daß sie nur deckungshalber erfolgt ist (RG. 48 217), also zurückgebucht werden muß, wenn von anderer Seite Zahlung eingeht. — Die Abrede, gegen Pfandstellung solle A dem B einen laufenden Kredit eröffnen, Darlehne in laufender Rechnung geben und seine Wechsel diskontieren, wurde dahin ausgelegt, daß auch die Wechselrückgriffsforderungen dem Laufrechnungsvertrag unterliegen (ROH. 2 222). Nicht entscheidend nach der einen oder anderen Richtung ist, ob es sich um eine Wechselforderung des Ausstellers oder um eine Wechselforderung des Indossatars handelt (ROH. 5 338).

2. Nicht in die Laufrechnung einstellbar sind Forderungen, die nicht auf Geld gerichtet sind (CosackHR. § 69 I 11, Staub Anm. 15, Lehmann Nr. 13). Der Umstand dagegen, daß eine Gutschrift nur unter Vorbehalt erfolgt, steht — entsprechend den Regeln kaufmännischer Buchführung — nicht ihrer Aufnahme in die Laufrechnung ent-

gegen; so z. B. die Gutschrift bei Wechselempfang oder bei Schuldübernahme des andern; nur ist bei Lösung des Laufrechnungsvertrags (nicht schon bei jedem Rechnungsabschluß), falls dann der Vorbehalt noch nicht (durch Zahlung der Wechselschuld bzw. der übernommenen Schuld) erledigt ist, die entsprechende Gegenbuchung zu machen (RG. 2 263, unten Anm. VI a). Auf Geld gerichtet bleibt die Forderung auch dann, wenn vereinbart ist, daß für den demnächst sich ergebenden Überschuß Waren entnommen werden sollen (vgl. ROH. 17 218).

b. **Ansprüche und Leistungen** sind in Rechnung zu stellen und demnächst auszugleichen. Über die Frage, ob alle Ansprüche (BGB. § 194) und Leistungen, vgl. vorstehend zu a. Nicht etwa soll die Zusammenstellung der Worte „Anspruch" und „Leistung" darauf hindeuten, daß im Einzelfall ein „Anspruch" des A zugleich eine „Leistung" des B sei. Vielmehr steht dem „Anspruch" des A eine „Schuld" (oder Forderungsminderung) des B und der „Leistung" des A gleichfalls eine „Schuld" (oder Forderungsminderung) des B gegenüber. Die „Ansprüche und Leistungen" des A bilden daher die eine Seite, die „Ansprüche und Leistungen" des B die andere Seite der aufzustellenden Rechnung.

c. **Beiderseitige** Ansprüche und Leistungen. Nur wenn in Aussicht genommen war, daß während Bestehens des Vertrags (nicht notwendig auch während jedes einzelnen Zeitabschnitts) auf Seite jedes von beiden Vertragschließenden „Ansprüche und Leistungen" entstehen würden, ist der Vertrag ein Laufrechnungsvertrag (ebenso CosackHR. § 69 I 12, Staub Anm. 8, Düringer-Hachenburg Anm. II, Lehmann Nr. 7; dagegen nach früherem Recht RG. 28 VI 92 JW. 374[15]). Nicht daher, wenn für A nur das Entstehen von Ansprüchen und für B nur deren Tilgung durch nach und nach erfolgende Leistungen in Aussicht genommen wird (ROH. 3 5, 149, RG. 22 150); vielmehr muß beabsichtigt sein, daß die Posten der einen Seite der Rechnung gegenüber denen der anderen Seite — mögen auch einzelne von ihnen in der Beziehung einer Leistung zu der Gegenleistung stehen — im allgemeinen die Ergebnisse selbständiger Geschäfte sind (RG. 1 19). Doch hört der geschlossene Laufrechnungsvertrag nicht auf, ein solcher zu sein, wenn demnächst tatsächlich entweder überhaupt keine Buchungen erfolgen, oder Buchungen nur auf einer Seite, oder nur Buchungen von Leistungen und entsprechenden Gegenleistungen.

d. **Nebst Zinsen.**

1. Ist die Verzinslichkeit der Einzelposten Begriffsmerkmal des Laufrechnungsvertrags? Die D. 198 bemerkt, es sei „zu berücksichtigen, daß es nur dann gerechtfertigt erscheint, die Saldoforderung als einen zinstragenden selbständigen Posten der neuen Rechnung zu behandeln, wenn auch für die im Laufe der Rechnungsperiode entstehenden beiderseitigen Ansprüche Zinsen in Rechnung zu bringen sind". Dieser Erwägung geht voraus, daß der Entwurf den „Begriff des Kontokorrentverhältnisses näher bestimmt" habe, und ihr folgt, daß „demgemäß" der Entwurf das Kontokorrentverhältnis bezeichnet „als eine Geschäftsverbindung" usw. (wie im Gesetz). Hiernach kann nicht zweifelhaft sein, daß die Denkschrift das Ausbedingen einer Verzinsung der Einzelforderungen als Begriffsmerkmal des Laufrechnungsvertrags aufstellen wollte (dagegen Staub Anm. 11). Da auch das Gesetz dies Merkmal unter die Begriffsbestimmung ausdrücklich aufnimmt, so ist im Einzelfall ein Laufrechnungsvertrag nur dann als vorhanden zu erachten, wenn die Verzinsung der Einzelposten bedungen ist oder aus sonstigem Grund eintritt (ebenso Mosse Anm. 5, Lehmann Nr. 7; dagegen Staub Anm. 11, Düringer-Hachenburg Anm. III 4, CosackHR. § 69 I 10a). Entsprechend allerdings werden die Bestimmungen der § 355 Abs. 2, 3, §§ 356, 357 auch auf Verträge anzuwenden sein, bei denen nicht Verzinsung der Einzelposten erfolgt; der § 355 Abs. 1 dagegen ist auf derartige Verträge nicht anzuwenden, vielmehr entscheiden die allgemeinen Regeln (insbesondere BGB. § 288, HGB. §§ 353, 354 Abs. 2) darüber, ob bei Nichtverzinslichkeit der Einzelposten der bei Rechnungsabschluß gefundene Überschuß zu verzinsen ist.

2. In welchen Fällen sind die Einzelposten zu verzinsen? Ob von den Einzelposten Zinsen laufen, wann der Zinsenlauf beginnt, und zu welchem Zinssatz die Ver-

zinsung stattfindet, hängt an sich von dem bezüglich jedes Einzelpostens bestehenden Rechtsverhältnis ab. In der Regel jedoch ist was hieraus abzuleiten wäre abgeändert durch den Inhalt des neben dem Laufrechnungsvertrag herlaufenden Stundungsvertrags, in welchem die Verzinslichkeit (RG. 22 151) zu bestimmtem Satz ohne Rücksicht auf die Verschiedenheiten der gesetzlichen Zinssätze bedungen zu werden pflegt. Daß darüber hinaus eine Verkehrssitte bestehe, wonach, falls nichts Gegenteiliges vereinbart, jeder in die Laufrechnung eingestellte Posten verzinslich sei (so Staub Anm. 33), und zwar, wenn die Einstellung zu gunsten eines Kaufmanns erfolgt, mit 5%, wenn zu gunsten eines Nichtkaufmanns, mit 4% (vgl. Staub Anm. 34), ist nicht anzuerkennen. Ob neben den Zinsen noch Provision gefordert werden kann, hängt mangels ausdrücklicher Vereinbarung von den gesetzlichen Regeln (§ 354 Abs. 1 und andere) ab, die für das den Einzelposten betreffende Rechtsverhältnis maßgebend sind. — Über die Frage, in welchen Fällen mangels Verabredung neben den Zinsen auch Provision auf Grund des § 354 gefordert werden kann, vgl. § 354 Anm. IIIa 3.

3. Unerheblich ist, ob bezüglich aller Einzelposten die Verzinsung eine gleich hohe ist. Dem Begriff des Laufrechnungsvertrags steht daher z. B. nicht entgegen die Vereinbarung, daß im Lauf des Rechnungsabschnitts erscheinende Überschüsse der einen Rechnungsseite über die andere zu höherem Zinsfuß zu verzinsen sind als derartige Überschüsse der zweiten Rechnungsseite über die erste.

e. **In Rechnung stellen.** Nach Inhalt des Laufrechnungsvertrags sollen die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen „in Rechnung gestellt“ werden. Hierdurch wird der Inhalt dessen zusammengefaßt was während des Laufs des einzelnen Zeitabschnitts nach Inhalt des Vertrags geschehen soll, wogegen die folgenden Worte (unten zu f) auf dasjenige hinweisen, was am Schluß des einzelnen Zeitabschnitts zu geschehen hat.

1. Wie auszulegen?

Die Worte des Gesetzes „in Rechnung gestellt werden“ sind auszulegen als „nur in Rechnung gestellt werden (behufs demnächstiger Verrechnung)“. Hierin liegt der Gegensatz zur Möglichkeit einer Geltendmachung der betreffenden Einzelforderung auf andere Weise, z. B. durch gesonderte Einklagung oder durch Abtretung. Wollte man die Worte „in Rechnung gestellt“ nicht so auslegen, so wären einerseits diese Worte überhaupt ohne selbständige Bedeutung und könnten fortbleiben, ohne daß der Sinn gestört würde, und andererseits würde in der gesetzlichen Begriffsbestimmung des Laufrechnungsvertrags das diesem nach feststehender Anschauung wesentlichste Merkmal, dasjenige eines Verbots gesonderter Geltendmachung der Einzelforderungen, vollständig fehlen.

Der vorstehend vertretenen Auslegung steht allerdings die Denkschrift entgegen, die bemerkt (S. 199): „Der Entwurf trifft keine Bestimmung darüber, inwieweit durch das Bestehen einer Kontokurrentverbindung die gesonderte Geltendmachung von Forderungen, die in das Kontokurrent gehören, auch schon vor der Feststellung des Rechnungsabschlusses ausgeschlossen wird. Im allgemeinen wird es dem Wesen des Kontokurrentverhältnisses widersprechen und deshalb unzulässig sein, daß einzelne Forderungsposten aus der Rechnung herausgegriffen werden, um den Schuldner zu gesonderter Berichtigung derselben zu nötigen. Eine feste Regel läßt sich indessen auch hier nicht aufstellen; im einzelnen Falle kann mit Rücksicht auf die Beschaffenheit einer in das Kontokurrent aufgenommenen Forderung eine abweichende Auffassung gerechtfertigt erscheinen“. Die hier angedeuteten Ausnahmefälle sind indessen nicht als vorhanden anzuerkennen; zwar ist nicht notwendig jeder Anspruch dem Laufrechnungsvertrag unterworfen (oben Anm. IIIa) ist er ihm aber unterworfen und demgemäß in die Laufrechnung eingestellt, so kann er nicht einseitig später aus der Laufrechnung wieder entfernt und mit dem Verlangen auf gesonderte Befriedigung geltend gemacht werden. Wollte man hieran nicht festhalten, so würde bezüglich derartiger Ansprüche, wie die Denkschrift sie als Ausnahme im Auge hat, der Inhalt des Laufrechnungsvertrags nur dahin bestimmt werden können, daß sie nach freiem Belieben des Gläubiger dem Laufrechnungsverhältnis entzogen oder in ihm belassen werden können.

Eine derartige Abrede würde jedoch mangels genügender Bestimmtheit kein Vertrag sein (Planck[3] § 315 Anm. 1).

2. Kein Anspruch auf gesonderte Erfüllung der Einzelforderung.

Die Frage, ob eine dem Laufrechnungsvertrag unterliegende Einzelforderung gesondert geltend gemacht werden könne, ist streng zu trennen von der in § 355 Abs. 3 behandelten Frage, wann Zahlung auf Grund der Laufrechnung gefordert werden darf. Denn auch wenn Zahlung vorzeitig gefordert werden darf, geht der Anspruch nicht auf Bezahlung der Einzelforderung, sondern auf Bezahlung des aus der Gesamtrechnung sich ergebenden Überschusses.

Daß Zahlung einer dem Laufrechnungsvertrag unterliegenden Einzelforderung nicht verlangt werden könne, ist in der bisherigen Rechtsprechung feststehend angenommen worden (Str. 60 365, 87 196, ROH. 2 138, 222, 5 340, 9 216, 16 310, RG. 18 248, 22 149; vgl. ROH. 16 307, RG. 28 38). Das Gleiche gilt auch für das neue Recht (oben zu 1, Staub Anm. 17, CosackHR. § 69 I 3, Mosse Anm. 6; abweichend D. 200). Aber auch darüber hinaus gibt die Einzelforderung keinerlei selbständigen Anspruch außer dem Anspruch auf ihre Berücksichtigung innerhalb der Laufrechnung (über letzteren unten zu 3). Gegenüber einer außerhalb des Laufrechnungsverbands stehenden Gegenforderung kann sie daher weder zur Aufrechnung gestellt werden (ROH. 16 307) noch zur Begründung eines Zurückbehaltungsrechts dienen. Da der Laufrechner keinen Anspruch auf Erfüllung der Einzelforderung hat, so kann er einen dahingehenden Anspruch auch nicht mit Wirkung gegenüber dem anderen Laufrechner veräußern, insbesondere ihn nicht abtreten (ROH. 10 101; abweichend D. 200 und ihr folgend Düringer-Hachenburg § 357 Anm. II 1), verpfänden, verpachten; aus gleichem Grund, wegen Nichtvorhandenseins eines solchen Anspruchs (daher unanwendbar CPO. § 851 Abs. 2; vgl. Staub Anm. 17), ist auch eine Pfändung desselben unwirksam (RG. 22 149; vgl. D. 200) und kann keine Verjährung desselben beginnen (im Ergebnis ähnlich Staub Anm. 16; dagegen CosackHR. § 69 I 8a; vgl. unten Anm. VIII b 1). Auch darf, wenn jede von beiden Parteien für sich einen Überschuß berechnet, nicht Teilurteil wegen eines Teils des Überschusses erlassen werden (RG. 21 VI 05 JW. 537[25]).

3. Anspruch auf Berücksichtigung der Einzelforderung in der Laufrechnung.

Nach § 355 Abs. 1 geht die Vereinbarung dahin, daß die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt werden sollen; mithin besteht auch während des einzelnen Zeitabschnitts ein Anspruch auf Aufnahme der an sich — abgesehen von einem mit dem Laufrechnungsvertrag etwa verbundenen Stundungsvertrag (unten Anm. VI c 1) — fälligen Ansprüche und der bewirkten Leistungen in die Laufrechnung.

Dieser Anspruch wird in der Regel in der Form einer Feststellungsklage verfolgt werden; eine solche ist zulässig (Staub Anm. 24). Es steht aber auch nichts im Weg, diesen Anspruch in Form einer gemäß seinem Inhalt beschränkten, also nur auf Einstellung in die Rechnung gerichteten Leistungsklage geltend zu machen. Ist der Anspruch an sich bestritten, und ist für das Rechtsverhältnis, auf dem er beruht, schiedsgerichtliche Entscheidung vereinbart, so muß die Klage vor dem Schiedsgericht erhoben werden (ROH. 9 217). Zulässig ist, daß A seinen gegen B gerichteten Anspruch auf Einstellung einer Einzelforderung in die zwischen A und B bestehende Laufrechnung dem C abtritt; doch wird C an Abtretung dieses Anspruchs ohne gleichzeitige Abtretung des Anspruchs auf den Überschuß aus der Laufrechnung in der Regel kein Interesse haben. In einer Abtretung des Anspruchs auf Zahlung des Überschusses (vgl. § 357 Anm. I, IV) liegt aber im Zweifel auch die Abtretung der Ansprüche auf Einstellung aller Einzelforderungen in die Laufrechnung.

4. Anspruch auf Erfüllung der Einzelforderung insoweit bei demnächstigem Rechnungsabschluß ein Überschuß vorhanden, oder wie § 356 Abs. 1 es ausdrückt, „insoweit das Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken".

Ein solcher Anspruch besteht; er ist jedoch nichts anderes als der Anspruch auf den

bei Laufrechnungsabschluß sich ergebenden Überschuß bis zum Höchstbetrag jener Einzelforderung (vgl. entsprechend § 356 Anm. IVd).

Dieser Anspruch ist übertragbar und pfändbar (vgl. Düringer-Hachenburg § 357 Anm. II 1, wo indessen die Ansprüche zu 2 und 4 nicht genügend auseinandergehalten sind). Es ist ein besonderer Fall der Übertragung oder Pfändung des Anspruchs auf den künftigen Überschuß (§ 357 Anm. IV). Die Übertragung, da sie nur „bis zum Höchstbetrag der Einzelforderung" geht, gibt einen Anspruch auf einen Teil des Überschusses nur insoweit, als zur Zeit der Übertragung jene Einzelforderung bestand. Mit Übertragung jenes Anspruchs gehen zugleich die Sicherungsrechte über, die jener Forderung anhafteten (Düringer-Hachenburg aaO.); der § 356 greift nicht ein, da er sich nur auf den vertraglich festgestellten Überschuß bezieht (§ 356 Anm. IVb).

Eine Vereinbarung über den Erfüllungsort bezüglich der Einzelforderung bleibt maßgebend auch für die Geltendmachung des hier erörterten Anspruchs auf Erfüllung jener Einzelforderung bis zur Höhe eines etwaigen Überschusses (vgl. RG. 14 III 03 HoldheimsMSchr. 181).

f. **Ausgleichung durch Verrechnung.** Betreffs Überschußfeststellung vgl. unten Anm. III g.

1. Ist diese Ausgleichung eine Aufrechnung?

Die Denkschrift bemerkt (S. 199): „Ohnehin findet eine eigentliche Aufrechnung der Einzelposten bei der Saldoziehung nicht statt; denn es stehen sich nicht nur wirkliche Forderungen gegenüber, und die gänzliche Ausgleichung erfolgt buchmäßig nur durch Einstellung des Saldopostens selbst."

Der zweite hier angegebene Grund ist nicht durchschlagend; die aufgestellte Behauptung ist als zutreffend nicht anzuerkennen, da üblicherweise nicht nur der Saldoposten in die abzuschließende Rechnung eingestellt, sondern auch durch Vortragung des Saldopostens die erfolgte Ausgleichung gekennzeichnet wird; aber selbst wenn das Behauptete zutreffend wäre, würde es nicht entscheidend sein, denn für die Frage, unter welchen juristischen Begriff eine Handlung einzureihen, ist unerheblich, wie üblicherweise das Ergebnis dieser Handlung gebucht wird.

Der erste Grund würde den gezogenen Schluß rechtfertigen (dagegen Staub Anm. 4), wenn die als Begründung aufgestellte Behauptung, daß sich nicht nur wirkliche Forderungen gegenüberstehen, zutreffend wäre. Diese Behauptung ist aber gleichfalls nicht als richtig anzuerkennen. Ihr liegt die Anschauung zu grund, daß während Bestehens eines Laufrechnungsvertrags der Laufrechner A gegen den Laufrechner B z. B. aus einem Verkauf durch A an B eine (wenngleich gestundete) Forderung auf Zahlung von 100 Mk. habe, daß dagegen aus einer Einzahlung des B von 200 Mk. zwar eine Forderung des B entstehen könne, z. B. weil die 200 Mk. als Dahrlehn an A gegeben sind, aber nicht entstehen müsse, z. B. weil sie als Kaufpreis, mithin in Erfüllung einer Verpflichtung des B, hingegeben sind. Diese Anschauung ist aber unzutreffend (oben Anm. III e 2, 3). Während Bestehens eines Laufrechnungsvertrags entsteht aus dem Verkauf durch A an B nicht eine Forderung des A auf Zahlung von 100 Mk., sondern eine Forderung des A auf Gutschreibung von 100 Mk. in der Laufrechnung (und Zahlung eines etwa für A bei Abschluß der Laufrechnung sich ergebenden Überschusses). In gleicher Weise entsteht aber durch Einzahlung von 200 Mk. durch B eine Forderung des B auf Gutschreibung von 200 Mk. in der Laufrechnung (und Zahlung eines etwa für B bei Abschluß der Laufrechnung sich ergebenden Überschusses), und zwar gleichgültig, ob die 200 Mk. als Darlehn oder als Kaufpreis hingegeben sind. In Wahrheit stehen sich daher von beiden Seiten, gleichgültig ob der Rechtsgrund ein Anspruch oder eine Leistung ist, nur wirkliche Forderungen, und nur gleichartige Forderungen gegenüber — allerdings nicht Forderungen auf Zahlung, sondern Forderungen auf Gutschreibung zu bestimmtem Betrag in der Laufrechnung. Nichts steht daher der Annahme entgegen, daß eine eigentliche Aufrechnung (BGB. § 387) unter diesen auf Gutschreibung gerichteten Forderungen stattfindet.

Was in § 355 Abs. 1 „Ausgleichen durch Verrechnung" genannt ist, muß somit als

„Aufrechnung" angesehen werden (ebenso RG. 29 I 02 JW. 189[32], 15 I 03 JW. Beil. 35[78], RG. 56 24).

Nur finden auf die Aufrechnung beim Laufrechnungsvertrag nicht alle Vorschriften des BGB. über Aufrechnung Anwendung, vielmehr liegt in dem Abschluß des Laufrechnungsvertrags eine vertragliche Abänderung einiger dieser Vorschriften. Nicht anwendbar sind namentlich die Regeln des BGB. § 396 betreffs Aufrechnung gegenüber mehreren Forderungen (vgl. RG. 25 33), da (RG. 10 54, 28 37) in dem Laufrechnungsvertrag auch die Abrede zu finden ist (dagegen Lehmann Nr. 29), daß für die vorzunehmende Aufrechnung die Summe aller auf einer Seite der Rechnung stehenden Einzelposten als ein Ganzes behandelt werden soll. Die in BGB. § 388 geforderte Aufrechnungserklärung liegt in dem Abschluß des Laufrechnungsvertrags (Düringer-Hachenburg Vorbem. I 2 zu §§ 355—357); allerdings ist dies — trotz der Regel des BGB. § 388 Satz 2 — eine wirksame betagte Erklärung. Auch in anderen Fällen von Forderungen, die aus demselben Rechtsverhältnis entspringend sich gegenüberstehen, sind nicht alle gewöhnlichen Aufrechnungsregeln anwendbar (RG. 46 99, 62 55).

2. Wirkung auf die ausgeglichenen Posten. Da die Ausgleichung als Aufrechnung anzusehen (oben zu 1), so würde an sich maßgebend sein (RG. 56 24) § 389 BGB.:

„Die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind."

Indessen liegt im Abschluß eines Laufrechnungsvertrags insofern eine Abänderung der Regel des BGB. § 389, als der dort erwähnte Zeitpunkt der Ausgleichung erst zum Schluß des gesetzlich oder vertraglich bestimmten Zeitabschnitts (RG. 56 24) oder bei früherer Aufhebung des Laufrechnungsvertrags eintreten soll. Nicht schon der Zeitpunkt der Einstellung eines Postens in die Laufrechnung ist der für das Eintreten der Aufrechnung maßgebende (vgl. Lehmann Nr. 19). Nicht schon die Einstellung wirkt als Aufrechnung, mithin auch nicht als Erfüllung im Sinn des BGB. § 762 Abs. 1 Satz 2, BörsG. § 66 Abs. 4 (RG. 29 I 02 JW. 189[32]); über die Frage, ob die einseitige Aufrechnungserklärung oder die vertragliche Überschußfeststellung so wirkt, vgl. unten zu g 2. Inwieweit das Erlöschen der Forderungen auch das Erlöschen der Sicherungen und der Haftung von Gesamtschuldnern zur Folge hat, vgl. § 356.

g. **Feststellung des Überschusses.**

1. Der Überschuß vor seiner (vertraglichen) Feststellung.

Das Zusammenzählen jeder der beiden Seiten der Laufrechnung und die Vergleichung der Endzahlen ergibt, ob beide Seiten sich vollständig ausgleichen oder ob ein Überschuß auf einer von ihnen erscheint. Dies Zusammenzählen und Vergleichen kann einseitig geschehen. Aber selbst wenn jeder von beiden Laufrechnern es für sich einseitig vornimmt und hierbei zu dem gleichen Ergebnis gelangt wie der andere, so tritt hierdurch noch keine Änderung des Rechtsverhältnisses ein (Str. 72 192, ROH. 20 261). In der einseitigen Mitteilung des berechneten Überschusses kann aber eine einseitige Aufrechnungserklärung liegen, und diese Aufrechnungserklärung hat die in BGB. § 389 bestimmte Wirkung (oben zu f 2).

Die Zahlung des so ermittelten Überschusses kann in der Regel am Schluß des betreffenden Zeitabschnitts oder bei früherer Aufhebung des Laufrechnungsvertrags verlangt werden. Doch kann durch einen nebenherlaufenden Stundungsvertrag etwas Gegenteiliges bestimmt sein, z. B. daß die Zahlung erst gewisse Zeit nach den oben erwähnten Zeitpunkten erfolgen solle, oder daß überhaupt nicht Zahlung sondern nur Einstellung des Überschusses in die neue Laufrechnung verlangt werden könne.

Zur Begründung einer auf Zahlung gerichteten Klage ist die vollständige Aufstellung der Laufrechnung erforderlich. Der Gegner kann alle Einreden erheben, die ihm etwa gegen die einzelnen Posten an sich oder gegen deren Einsetzung in die Laufrechnung zustanden.

Eine etwaige einseitige Anerkennung — sei es bezüglich einer Seite, sei es

bezüglich beider Seiten der Laufrechnung und des Überschusses — kann gegenüber dem Anerkennenden als Beweismittel für die Richtigkeit der aufgestellten Rechnung oder einzelner Posten derselben verwertet werden, ist jedoch zu unterscheiden von der vertraglichen Feststellung des Überschusses (Planck[3] § 781 Anm. 4). Eine solche Anerkennung seitens des einen Laufrechners liegt in der durch ihn erfolgten Übersendung einer Laufrechnung an den anderen (ROH. 11 141). Und zwar eine Anerkennung nicht nur bezüglich der aufgestellten Rechnung als Ganzes, sondern auch bezüglich jedes einzelnen in die Laufrechnnng aufgenommenen Postens; der Gegner kann daher auf die hierin liegende Anerkennung einzelner Posten sich berufen, auch wenn er andere Posten bestreitet (Bolze 1 Nr. 914, 19 Nr. 220), außer insoweit nach dem zu grund liegenden Rechtsverhältnis die ersteren durch die letzteren bedingt sind. Über die Frage, unter welchen Umständen in dem Stillschweigen des Empfängers einer Laufrechnung ein Anerkenntnis des Empfängers zu finden ist, vgl. § 346 Anm. IIIa 7. — Durch die einseitige Anerkennung wird die Verjährung (vgl. unten Anm. VIIIb 2) zwar unterbrochen (BGB. § 208); die neu beginnende Verjährungsfrist ist jedoch die bisherige (Planck[3] § 217 Anm.; vgl. Bolze 14 Nr. 351c) der betreffenden Einzelposten.

2. Die Feststellung.

Hierunter ist im § 355 nicht das einseitige Herausrechnen des Überschusses (vorstehend zu 1) verstanden, sondern der Abschluß eines Schuldanerkennungsvertrags (BGB. § 781) bezüglich des Überschusses. In § 356 ist derselbe Begriff durch die Worte „Anerkennung des Rechnungsabschlusses" bezeichnet. Keine Überschußfeststellung im vorstehenden Sinn ist die Feststellung des Überschusses einer Laufrechnung, wenn sie im Prüfungstermin im Konkurs erfolgt (RG. 26 I 93 JW. 159[13], vgl. RG. 27 92). Überschußfeststellung und Verrechnung (oben zu f) sind zwei selbständige Rechtshandlungen (RG. 56 24). In der Überschußfeststellung liegt nicht gleichzeitig eine gegenseitige Anerkennung aller in die Laufrechnung aufgenommenen Einzelforderungen (dahingestellt RG. 57 45).

Formlose Abgabe der Anerkennungserklärung genügt, selbst wenn der Anerkennende nicht Vollkaufmann ist (vgl. HGB. §§ 350, 351), da das Schuldanerkenntnis auf Grund einer Abrechnung erteilt wird (BGB. § 782). Auch ein solcher Schuldanerkennungsvertrag kann daher durch stillschweigende Willenserklärungen abgeschlossen werden. In der Übersendung einer Laufrechnung, welche einen bestimmten Überschuß ausweist, verbunden mit dem Ersuchen um Prüfung und Bestätigung kann man einen Antrag auf Abschließung eines derartigen Schuldanerkennungsvertrags finden (ROH. 2 117), und es ist angenommen worden, daß in stillschweigender Fortsetzung des Laufrechnungsverkehrs die Annahme jenes Vertragsantrags liege (ROH. 2 117, Bolze 11 Nr. 289, vgl. § 346 Anm. IIIa 7); doch wird ein so weit gehender Wille nur bei Personen vorausgesetzt werden können, die auch ihrerseits genau Buch führen und daher das Ergebnis der gegnerischen Rechnung nachzuprüfen leicht in der Lage sind (vgl. Bolze 2 Nr. 666).

Ob in der Feststellung des Überschusses eine Umschaffung (Novation) des Schuldverhältnisses liegt, ist bestritten. Für Bejahung Str. 60 362, 72 193, ROH. 11 276, RG. 10 54, Staub Anm. 5, 6, Düringer-Hachenburg Anm. VIII 1, vgl. auch Bolze 6 Nr. 613; dagegen RG. 18 248, Dernburg[3] 2 § 120, Lehmann Nr. 17, 29; dahingestellt RG. 25 15; CosackHR. § 69 I 8 findet eine Umschaffung erst in der Vortragung auf neue Rechnung. Für Bejahung ist zu entscheiden, da — wie bei jeder gemeinsamen Feststellung einer Schuld auf Grund gehabter Verrechnung (RG. 2 338) — es als im Willen der Parteien gelegen anzusehen ist, daß das in der Feststellung liegende Anerkenntnis genügender Schuldgrund sein soll, ohne daß auf die einzelnen der Abrechnung zu grund liegenden Forderungen soll zurückgegriffen werden dürfen. Der § 356 steht dem nicht entgegen, ist vielmehr mit beiden Annahmen gleich gut verträglich (§ 356 Anm. Ia).

Ob Zahlung des Überschusses verlangt werden kann, ist nach der Anerkennung nicht anders zu entscheiden als vor der Anerkennung (oben zu 1); hierfür ist die zwischenliegende Anerkennung ohne Einfluß. Kann im Einzelfall Zahlung ver-

langt werden, so zeigt nun aber die erfolgte Anerkennung ihre Wirkung darin, daß die Klage nur auf die Tatsache der erfolgten Anerkennung des Überschusses gestützt zu werden braucht (ROH. 10 56), daß die Beibringung der ganzen Laufrechnung unnötig ist (ROH. 3 4), und daß ein Zurückgreifen auf die einzelnen Posten der Rechnung ausgeschlossen ist (ROH. 10 102). Ergibt sich demnächst, daß die Überschußfeststellung nichtig war, so hat auch dies an sich keinen Einfluß auf die Zahlungspflicht; der zu Unrecht Benachteiligte kann nur Rückbuchung und anderweite Überschußfeststellung, nicht aber Zahlung fordern (RG. 23 I 04 JW. 152 [27]).

Eine weitere Folge der Umschaffung in eine vom ursprünglichen Schuldgrund losgelöste Schuld besteht darin, daß der festgestellte Überschuß der regelmäßigen dreißigjährigen Verjährungsfrist unterliegt, selbst wenn die Einzelposten in kürzeren Fristen verjährbar waren (unten Anm. VIII b 3).

Unwirksam ist, bezw. wird, bezw. unverbindlich ist die Überschußfeststellung, wenn sie nichtig ist, wenn sie mit Grund angefochten wird, oder wenn die zu grund liegenden Forderungen unverbindlich waren. So z. B., wenn die Überschußfeststellung auf einem Irrtum über die Hineingehörigkeit einzelner Posten in die Laufrechnung (RG. 23 I 04 JW. 152 [27]) oder auf verbotenen Geschäften (RG. 5 126, 23 138) beruhte. Maßgebend sind die allgemeinen Regeln über Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Verträgen (vgl. BGB. §§ 116 ff.) und über Abgabe eines Schuldanerkenntnisses bei Unverbindlichkeit des Anerkannten (BGB. § 656 Abs. 2, § 762 Abs. 2, BörsG. § 66 Abs. 3, RG. 26 I 92 GruchotsBeitr. 36 991). Nur diejenigen Einwendungen sind zuzulassen, die sich gegen die Gültigkeit der vertragsmäßigen Feststellung des Rechtsverhältnisses oder gegen das Anerkenntnis selbst richten (RG. 2 339; vgl. ROH. 11 276, OLG. Hamburg 12 VI 91 ZHR. 40 489). Über die Klausel S.E. et O. vgl. § 346 Anm. III b 2. Ein Anspruch auf Herausgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung des anderen Teils durch das in der Überschußfeststellung liegende Schuldanerkenntnis ist nach näherer Vorschrift der §§ 812 ff. BGB. geltend zu machen (BGB. § 812 Abs. 2).

Enthielt die Abrechnung, auf welcher der Schuldanerkennungsvertrag beruhte, teils verbindliche Posten, teils aber unverbindliche (z. B. Forderungen aus Börsentermingeschäften mit nicht im Börsenregister Eingetragenem), so ist zweifelhaft, ob der Überschußfeststellung eine Wirkung oder welche Wirkung ihr beizumessen ist. Für Unverbindlichkeit des ganzen Anerkenntnisses Bolze 17 Nr. 482, Düringer-Hachenburg Anm. X 3 (nur bei Nichtigkeit eines Postens auch Lehmann Nr. 30); für Verbindlichkeit des ganzen Anerkenntnisses Bolze 19 Nr. 425; für teilweise Unverbindlichkeit und teilweise Verbindlichkeit, ersteres insoweit auf unverbindliche, letzteres insoweit auf verbindliche Posten bezüglich, Staub Anm. 31. Der Ansicht, daß das ganze Anerkenntnis unverbindlich sei, wird beizupflichten sein; mit dem Anerkenntnis wird die Erfüllung der unverbindlichen Schuld bezweckt (vgl. BGB. § 762 Abs. 2), auch wenn es sich auf diese nicht allein, sondern nur miterstreckt. Nicht etwa der ganze Inhalt der Rechnung, vielmehr nur das Schlußergebnis der Rechnung, unabhängig von letzterer, war Gegenstand des Anerkennungsvertrags; eine Trennung, wie sie Staub befürwortet, erscheint daher rechtlich und unter Umständen (wenn in der Feststellung des Überschusses ein Vergleich teils über verbindliche, teils über unverbindliche Posten steckt) auch tatsächlich nicht ausführbar. Mithin ist das Anerkenntnis des Überschusses einer Laufrechnung, die unverbindliche Posten enthält, keine genügende Grundlage für den Urkundenprozeß, auch nicht mit Beschränkung auf die verbindlichen Posten (RG. 57 44).

Ist hiernach das Anerkenntnis, daß für die Zukunft eine Schuld bestehe, unverbindlich, so erstreckt sich in den Fällen, in denen Rückforderung des Geleisteten unzulässig ist (BGB. § 762 Abs. 1 Satz 2, BörsG. § 66 Abs. 4) die Unverbindlichkeit doch nicht auf die dem Anerkenntnis zu grund liegende Aufrechnung (oben Anm. III f 2; dagegen Heilbrunn in HoldheimsMSchr. 05 228), soweit letztere reicht (ebenso RG. 56 24); denn in der Aufrechnung liegt eine Leistung des Geschuldeten (RG. 12 III 98 JW. 308 [21],

29 I 02 JW. 189[32, 33], Düringer-Hachenburg Anm. VIII 2, Lehmann Nr. 30). Wieweit die Aufrechnung reicht, ist — mangels gegenteiliger Vereinbarung (RG. 59 193) — so zu berechnen, daß die einzelnen verbindlichen und nichtverbindlichen Posten der die größere Gesamtsumme ergebenden Laufrechnungsseite als getilgt im Verhältnis dieser Gesamtsumme zur Gesamtsumme der anderen Rechnungsseite gelten, die Posten der die kleinere Gesamtsumme ergebenden Rechnungsseite aber als voll getilgt (RG. 56 24, 59 193), und zwar selbst wenn in der Gesamtsumme der kleineren Rechnungsseite ein größerer Betrag unklagbarer Posten steckt als in der Gesamtsumme der größeren Rechnungsseite (RG. 59 195). — In den Fällen dagegen, in denen Rückforderung des Geleisteten zulässig ist (z. B. BörsG. § 50), kann auch die Aufrechnung gemäß BGB. § 812 rückgängig gemacht werden (RG. 28 X 03 HoldheimsMSchr. 04 74).

3. Vortragung des Überschusses auf neue Rechnung. Ob der festgestellte Überschuß auszuzahlen oder nur in die neue Laufrechnung einzustellen ist, hängt von den etwa nebenherlaufenden Stundungsabreden ab (oben zu 1 und 2). Ist die Einstellung bedungen, so gibt die Überschußfeststellung nur einen vom ursprünglichen Schuldgrund losgelösten Anspruch auf Einstellung des festgestellten Überschusses in die neue Laufrechnung. Hierdurch oder durch die nachträgliche Zustimmung zu der vom anderen Teil erfolgten Einstellung wird er ein Einzelposten der neuen Laufrechnung, der sich in nichts von anderen Einzelposten unterscheidet. Er gibt daher keinen gesonderten Anspruch auf Erfüllung (oben Anm. III e 2, ROH. 16 310, RG. 18 249, 57 45) und verschwindet in der Ausgleichung und Überschußfeststellung des nächsten Jahres (RG. 10 54). Dagegen liegt in der Eintragung des festgestellten Überschusses keine Umschaffung des bezüglich desselben bestehenden Schuldverhältnisses (dagegen CosackHR. § 69 I 8c; vgl. oben zu 2), denn nicht der Schuldgrund wird geändert, sondern nur die Wirkung des unverändert bleibenden Schuldverhältnisses; auch in dieser Beziehung gilt vom eingestellten Überschuß dasselbe wie von anderen eingestellten Posten: auch wenn eine Forderung aus Kauf ergriffen wird von einem Laufrechnungsverhältnis, wird nicht ihr Rechtsgrund umgeschaffen (Staub Anm. 20), sondern lediglich ihre Wirkung dahin beschränkt, daß sie fortan statt auf Zahlung nur auf Einstellung des Anspruchs in die Laufrechnung geht.

h. **In regelmäßigen Zeitabschnitten.** Eine Ausgleichung in regelmäßigen Zeitabschnitten muß in Aussicht genommen sein; daß sie demnächst tatsächlich erfolgt, ist indessen nicht wesentlich für die Frage, ob der abgeschlossene Vertrag unter den Begriff eines Laufrechnungsvertrags fällt. Insbesondere wird einem Laufrechnungsvertrag nicht die Eigenschaft eines solchen dadurch entzogen, daß er bereits im Lauf oder am Schluß des ersten Zeitabschnitts aufgehoben wird. Hieraus aber ergibt sich weiter, daß jenes Merkmal überhaupt zu Unrecht in die gesetzliche Begriffsbestimmung aufgenommen ist; die für den Laufrechnungsvertrag maßgebenden Regeln sind daher entsprechend anzuwenden sowohl auf einen Vertrag, bei dem von vornherein nur ein einziger Zeitabschnitt mit einmaliger Abrechnung am Ende desselben in Aussicht genommen ist, wie auch auf einen Vertrag, bei dem zwar mehrere Zeitabschnitte, aber solche von ungleicher und unregelmäßiger wenn nur bestimmter Dauer in Aussicht genommen sind.

VI. **Recht auf Zinsen vom Überschuß (§ 355 Abs. 1 Nachsatz).** Die Zubilligung des Rechts, Zinsen vom Überschuß zu fordern, auch soweit in der Rechnung Zinsen enthalten sind, ist nach zwei Richtungen von Bedeutung. Erstens liegt darin eine Ausnahme von den Verboten des Vorausvereinbarens und Berechnens von Zinseszinsen (BGB. §§ 248, 289, 291; vgl. HGB. § 353 Satz 2), und zweitens eine Ausnahme (neben anderen Ausnahmen, vgl. § 353 Anm. I a 2) von der Regel, daß Zinsen erst seit dem Verzug bezw. bei einer Forderung aus beiderseitigem Handelsgeschäft seit der Fälligkeit laufen. Nicht notwendig ist der Anspruch auf Zahlung des festgestellten Überschusses schon fällig beim Ende des Rechnungsabschnitts (unten Anm. VI c 1; dagegen Staub Anm. 38). — Die Zinsen laufen von dem Tag, für welchen der Abschluß gemacht ist (ebenso Staub Anm. 37, Düringer-Hachenburg Anm. IV); noch richtiger von dem Tag, für welchen der Abschluß gemacht werden durfte, selbst wenn er nicht gemacht ist (Lehmann Nr. 32). Dies ist als mit den Worten „von dem Tage des Abschlusses an“ gemeint

anzusehen; die Worte sind aus Art. 291 ADH. übernommen, statt sie — wie entsprechend bei Übernahme des Art. 31 Abs. 1 ADH. in den § 40 Abs. 2 HGB. geschehen — zu berichtigen. — Die Höhe der Zinsen beträgt 5% auch zu Lasten des Nichtkaufmanns (§ 352 Abs. 2): doch geht eine etwaige vertragliche Bestimmung der gesetzlichen vor. — Das Recht, ohne weitere Voraussetzung Zinsen vom Überschuß zu verlangen, sollte durch § 355 Abs. 1 nur für den Fall gewährt werden, daß die Einzelposten der Laufrechnung verzinslich waren (D. 198; oben Anm. III d); war letzteres nicht der Fall, so sind die allgemeinen Regeln maßgebend für die Frage, ob der Überschuß ganz oder zum Teil zu verzinsen ist, und zu welchem Zinssatz. — In welchen Fällen neben den Zinsen ohne besondere Abrede auch Provision vom Überschuß gefordert werden kann, vgl. § 354 Anm. III a 3.

V. **Länge der Rechnungs-Zeitabschnitte (§ 355 Abs. 2).** Als Regel bestimmt § 355 Abs. 2, daß der Rechnungsabschluß jährlich einmal zu geschehen hat. Das hierbei zu berechnende Jahr würde von demjenigen Zeitpunkt an laufen, zu welchem das Laufrechnungsverhältnis beginnen soll; es fällt daher nicht notwendig mit dem Kalenderjahr zusammen (P. 424). Der § 355 Abs. 2 behält jedoch gegenteilige Abreden vor, trotzdem hierin eine Erweiterung der Ausnahme vom Verbot des Vorausbedingens von Zinseszinsen liegt. Da mithin dies Verbot insoweit nicht besteht, so ist auch eine gegenteilige Verkehrssitte (§ 346 Anm. I d) selbst dann zu berücksichtigen, wenn hiernach in weiterem Umfang als es der gesetzlichen Regel des § 355 Abs. 2 entsprechen würde, Zinsen von Zinsen in Rechnung zu stellen sind. Die in vielen Geschäftszweigen bestehende Verkehrssitte halbjährlichen Rechnungsabschlusses ist hiernach für diese Geschäftszweige maßgebend, falls nichts anderes vereinbart ist (vgl. § 346 Anm. I c, II, Rudorff, Staub Anm. 22, Düringer-Hachenburg Anm. XI). — Jeder Laufrechner hat die Pflicht (ROH. 10 101), auf Erfordern des anderen Teils bei Abschließung der Rechnung in demjenigen Umfang mitzuwirken, welcher für die betreffende Art der Geschäftsverbindung der Verkehrssitte entspricht (vgl. auch § 138 Anm. IV b). Für bestimmte Fälle von Geld- und Kreditgeschäften, wenn nicht beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind, ist die Erteilung eines Rechnungsauszugs binnen drei Monaten nach Schluß des Jahres vorgeschrieben durch Strafandrohung durch WucherG. 24 V 80/19 VI 93 Art. 4 (RGBl. 93 198).

VI. **Endigung des Laufrechnungsvertrags.**

a. **Allgemeines.** Von der Dauer des Laufrechnungsvertrags zu unterscheiden ist die Dauer der einzelnen Laufrechnung. Die letztere endet bei Schluß des Zeitabschnitts, für den die Laufrechnung vereinbarungsgemäß regelmäßig unter Überschußfeststellung auszugleichen ist, oder bei früherer Endigung des Laufrechnungsvertrags. Es beginnt dann eine neue Laufrechnung; ob in diese der Überschuß der früheren einzustellen ist oder nicht, hängt von den Umständen des einzelnen Falls ab (Anm. III g 3). — Endet der Laufrechnungsvertrag und nicht nur die einzelne Laufrechnung, so sind in der letzten Laufrechnung die in frühere Rechnungen nur unter Vorbehalt aufgenommenen Posten (z. B. Gutschriften bei Wechselempfang) zurückzubuchen (ROH. 3 144, RG. 2 263, Staub Anm. 41; vgl. ROH. 22 337, RG. 21 81, 27 141) trotz der dazwischenliegenden Überschußfeststellung, da diese den aufschiebend bedingten Anspruch auf Rückbuchung nicht berührt. Entsprechend auch bei Ansprüchen auf Rückgewähr auf Grund inzwischen erfolgter Anfechtung des Geschäfts, das einer früheren Leistung zu grund liegt (vgl. CosackHR. § 69 I 9) oder auf Grund von Wandlungs- oder Minderungsansprüchen. — Von dem zu grund liegenden Rechtsverhältnis hängt ab, ob der Anspruch auf Rückbuchung bereits bei Endigung des Laufrechnungsvertrags geltend gemacht werden kann, oder der spätere Eintritt einer Bedingung (z. B. Nichteinlösung des entgegengenommenen Wechsels) oder eines Zeitpunkts abgewartet werden muß. Soweit derartige Geschäfte bei Endigung des Laufrechnungsvertrags noch schweben, ist zu dieser Zeit der Anspruch auf den Überschuß ein unbedingter und unbetagter nur insoweit, als ein Überschuß sowohl bei Berücksichtigung wie bei Nichtberücksichtigung der schwebenden Geschäfte besteht (Düringer-Hachenburg § 357 Anm. III 4). — Ob, falls der Empfänger der Wechsel deren Betrag zurückbucht, er sie zurückgeben muß oder nicht, hängt davon ab, ob er sie an Zahlungsstatt oder nur als Sicherheit erhalten hat (vgl. RG. 27 142).

b. **Zeitablauf.** Der Laufrechnungsvertrag kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit ab-

geschlossen werden. Im ersteren Fall endet er mit Ablauf der bestimmten Zeit, falls er nicht fortgesetzt wird. Eine Einigung über Fortsetzung erfolgt meist in der Form, daß um Vortragung des bei Rechnungsabschluß ermittelten Überschusses auf neue Rechnung ersucht und hierzu die Zustimmung erklärt wird (Staub Anm. 40).

c. **Kündigung (§ 355 Abs. 3).**

1. Beziehung der Laufrechnung zur Kreditgewährung. D. 198 bemerkt: „Die Frage, ob mit der Eingehung der Kontokurrentverbindung zugleich die Einräumung eines Kredits zu gunsten des einen der Beteiligten verbunden ist, kommt für das Wesen des Kontokurrentverhältnisses an sich nicht entscheidend in Betracht.“ Der Laufrechnungsvertrag kann den Inhalt haben, daß die Pflicht zur Einstellung in die Laufrechnung bis auf Widerruf (= fristlose Kündigung) bestehen, oder daß sie erst bestimmte Zeit nach Kündigung aufhören, oder daß sie ohne Zulässigkeit einer Kündigung eine bestimmte Zeit lang andauern soll. Bei keiner dieser Gestaltungen wird an sich eine Partei verpflichtet, bestimmte Einzelgeschäfte einzugehen, insbesondere Darlehne oder Vorschüsse zu gewähren; nur wenn sie ein solches Geschäft eingeht, fällt es unter den Laufrechnungsvertrag. Bei jeder dieser Gestaltungen bleiben aber beide Parteien verpflichtet, bis zum Rechnungsabschluß — sei es, daß er zu der ursprünglich vereinbarten Zeit, sei es, daß er früher erfolgt — sich gegenseitig zu stunden. In letzterer Beschränkung ist daher in Wahrheit die Stundungsabrede ein Merkmal des Laufrechnungsvertrags (oben Anm. IIIe, RG. 28 36, CosackHR. § 69 I 4), nichts davon Verschiedenes; und dies ist in § 355 Abs. 3 stillschweigend anerkannt (unten zu 3). Soweit dagegen eine oder beide Parteien sich zur Gewährung von Darlehnen oder zur Stundung über die Zeit des Rechnungsabschlusses hinaus verpflichten, ist die getroffene Vereinbarung etwas vom Laufrechnungsvertrag Verschiedenes. Auch die Zeit, bis zu welcher Darlehn oder Stundung gewährt wird, braucht an sich in keiner Beziehung zu dem Zeitpunkt zu stehen, an welchem der Rechnungsabschluß der Laufrechnung vereinbarungsgemäß zu machen ist; insbesondere brauchen beide Zeitpunkte nicht notwendig zusammenzufallen. So kann z. B. vereinbart sein, daß der Laufrechnungsüberschuß erst drei Monate nach dem Zeitpunkt, für den die Laufrechnung abzuschließen, zu zahlen ist, oder auch (vgl. RG. 25 12), daß drei Jahre hindurch der jedesmalige Überschuß der halbjährlich abzuschließenden Laufrechnung nicht zu bezahlen, sondern nur in die neue Laufrechnung einzustellen ist.

2. Zulässigkeit der Kündigung D. 198 bemerkt: „Zwar wird in der juristischen Literatur vielfach die Ansicht vertreten, daß den Parteien das Recht der freien Kündigung nicht zustehe; der Grundsatz des Entwurfs entspricht aber der in Handelskreisen vorwiegend herrschenden Auffassung. Er soll übrigens nur Platz greifen, wenn nicht etwas anderes vereinbart ist oder sich aus den Umständen ergibt. Unberührt bleiben daher insbesondere die Wirkungen eines mit dem Kontokurrentverhältnisse verbundenen Vertrags, durch den sich die eine Partei verpflichtet, dem Gegner bis zu einem gewissen Zeitpunkte einen Kredit in bestimmter Höhe zu gewähren.“ Welche Wirkung in letzterem Fall eintritt, ist nicht gesagt. Man wird zu unterscheiden haben, ob der Vertrag dahin geht, daß der Kredit in laufender Rechnung zu gewähren ist, oder ob die Abrede nur auf Kreditgewährung ohne Bezugnahme auf laufende Rechnung ging. Im ersteren Fall ist die Kündigung des Laufrechnungsvertrags für zulässig nur dann zu erachten, wenn auch der Krediteinräumungsvertrag gekündigt werden kann und gleichzeitig gekündigt wird. Im zweiten Fall bleibt die Kündigung des etwa bestehenden Laufrechnungsvertrags selbständig zulässig, nur hat sie nicht die Wirkung, daß innerhalb der Grenzen des Kredits sofortige Zahlung des Rechnungsüberschusses verlangt oder Kreditgewährung für die Zukunft abgelehnt werden darf. — In welchen Fällen der Krediteinräumungsvertrag kündbar ist oder dessen Erfüllung einseitig abgelehnt werden kann, ist nach allgemeinen Regeln (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I a 3; vgl. Staub Exk. vor § 373 Anm. 28—33) zu beurteilen, insbesondere über den Fall einer Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils vgl. BGB. §§ 321, 610, ROH. 23 137. Die Pfändung des gegenwärtigen oder zukünftigen Überschusses durch einen Dritten wird in der Regel als Beweis einer Ver-

schlechterung in den Vermögensverhältnissen des Schuldners dienen können oder die Unmöglichkeit der etwa vom Schuldner versprochenen Krediteinräumung ergeben. Die bei Düringer-Hachenburg Anm. XII und Staub § 357 Anm. 6 vertretene Ansicht, daß allgemein der Laufrechnungsvertrag aus wichtigem Grund vorzeitig gekündigt werden dürfe, ist ohne Anhalt im Gesetz. Von der Kündigung des im Krediteinräumungsvertrag für die Zukunft liegenden Darlehnsvertrags ist zu unterscheiden die Kündigung des auf Grund des Krediteinräumungsvertrags hingegebenen Darlehns; für letztere sind die Fristen des BGB. § 609 Abs. 2 zu beachten (Düringer-Hachenburg Anm. III 5). — Der § 355 Abs. 3 unterscheidet zwar nicht zwischen einem auf bestimmte Zeit und einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Laufrechnungsvertrag (vgl. Anm. VI b); dennoch wird er nur auf den letzteren Fall zu beziehen sein, da in dem Abschluß eines Laufrechnungsvertrags auf bestimmte Zeit die Ausschließung der Kündbarkeit für diese Zeit zu erblicken sein wird. — Zu berücksichtigen ist eine etwaige Verkehrssitte, nach der die Kündigung des Laufrechnungsvertrags nicht fristlos, sondern nur mit bestimmter Befristung erfolgen darf (BreslHandelsgebr. 93).

3. Wirkung der Kündigung des Laufrechnungsvertrags. Auch auf die in § 355 Abs. 3 ausgesprochene Wirkung der Kündigung beziehen sich die Worte „im Zweifel“. Auch in dieser Beziehung kann daher etwas Abweichendes vereinbart werden und ist (§ 346 Anm. I, II) auf eine abweichende Verkehrssitte Rücksicht zu nehmen. Der § 355 Abs. 3 setzt nun zunächst voraus, daß die Wirkung der Kündigung auf den Laufrechnungsvertrag sofort eintritt, daß mithin die zulässige Kündigung im Zweifel eine unbefristete ist, so daß sie wirksam wird in dem Zeitpunkt, in welchem sie dem anderen Laufrechner zugeht (BGB. § 130). Mit diesem Zeitpunkt endigt daher das Laufrechnungsverhältnis, insbesondere die Pflicht zur Einstellung der gegenseitigen Ansprüche und Leistungen in die Laufrechnung, und für diesen Zeitpunkt ist die Laufrechnung abzuschließen und der Überschuß festzustellen. Der § 355 Abs. 3 geht aber weiter: er bestimmte nicht nur, daß der Überschuß für diesen Zeitpunkt festzustellen, sondern auch, daß er sofort zu zahlen ist. Hierin liegt die notwendige Folge davon, daß die Stundung, insoweit sie lediglich Merkmal des Laufrechnungsvertrags ist (oben zu 1), mit der Endigung des letzteren gleichfalls endet. Besteht dagegen ein Krediteinräumungsvertrag, inhalts dessen in weiterem Umfang, als bei jedem Laufrechnungsvertrag notwendig, Kreditgewährung zugesagt ist, so bleibt dieser unberührt durch die Kündigung des Laufrechnungsvertrags (oben zu 2).

d. Konkurs eines Laufrechners beendet den Laufrechnungsvertrag; die Laufrechnung ist für die Zeit der Konkurseröffnung abzuschließen, beide Seiten gegeneinander aufzurechnen, und hierdurch zu ermitteln, wer Gläubiger und wer Schuldner des Überschusses ist (RG. 2 264, 22 150, Staub Anm. 41, CosackHR. § 69 I 15). Die gegenteilige Ansicht Düringer-Hachenburgs Anm. XIII, daß lediglich die Regeln der KO. § 17 zur Anwendung kommen, die Konkurseröffnung aber wie eine Pfändung des gegenwärtigen Überschusses (§ 357) zugunsten der Konkursmasse wirke, führt zu Widersprüchen mit KO. §§ 55, 65, 67. Daß der Konkursverwalter mit dem anderen Laufrechner auch vereinbaren darf, die Laufrechnung solle fortgesetzt werden (vgl. Lehmann Nr. 34), ist selbstverständlich, enthält aber nur eine im Einzelfall mögliche vertragliche Abweichung von der gesetzlichen Regel.

e. Andere Endigungsgründe als Zeitablauf, Kündigung, Konkurs können je nach dem näheren Inhalt des einzelnen Vertrags in Betracht kommen (RG. 25 12).

VII. Leistungsort. Es besteht kein festbleibender Leistungsort für alle Ansprüche aus dem Laufrechnungsverhältnis (ROH. 17 125). Für den Anspruch auf Einstellung eines Postens in die Laufrechnung (oben Anm. III e 3) ist in erster Reihe für maßgebend zu erachten ein etwa einheitlich für das ganze Rechtsverhältnis, auf dem der betreffende Einstellungsanspruch beruht, vereinbarter Leistungsort; mangels eines solchen der Wohnsitz bezw. Niederlassungsort desjenigen, der durch die Einstellung des Postens belastet werden soll. Für den Anspruch auf Zahlung des vertragsmäßig festgestellten Überschusses ist Leistungsort der Wohnsitz bezw. Niederlassungsort des Schuldners dieses Überschusses (BGB. § 269); doch ist im Gegensatz hierzu entschieden worden (RG. 3 V 99 HoldheimsMSchr. 190 gegen Bolze 20 Nr. 731 d),

daß, wenn bezüglich aller in der Laufrechnung enthaltenen Einzelposten ein anderer Gerichtsstand begründet war, dieser durch die vertragsmäßige Überschußfeststellung nicht geändert werde. Auch gelegentlich der letzteren kann allerdings ein anderer Erfüllungsort vereinbart werden, und in vielen Fällen wird, wenn für alle Einzelposten ein bestimmter anderer Erfüllungsort vereinbart war, dieser als nach dem Willen der Parteien auch für den anerkannten Überschuß maßgebend angesehen werden können (Staub Anm. 28 gegen Bolze 20 Nr. 731 d).

VIII. **Verjährung.**

a. **Diejenigen Ansprüche** der Parteien, **die von dem Laufrechnungsverhältnis nicht ergriffen werden** (oben Anm. III a), verjähren in der für den betreffenden Anspruch maßgebenden Verjährungsfrist.

b. **Diejenigen Ansprüche, die unter den Laufrechnungsvertrag fallen,** verwandeln sich unter der Einwirkung des letzteren aus Ansprüchen auf Erfüllung in Ansprüche auf Einstellung in die Laufrechnung und Zahlung des etwa bei Rechnungsabschluß oder früherer Laufrechnungsendigung sich ergebenden Überschusses.

1. Während des Laufs der Rechnung kann daher der Erfüllungsanspruch, da er nicht vorhanden, nicht verjähren (oben Anm. III e 2; dagegen Lehmann Nr. 17, der Hemmung gemäß BGB. § 202 bis zur Endigung der Laufrechnung eintreten läßt). Dagegen wird man annehmen müssen, daß während des Laufs der Rechnung der Einstellungsanspruch mit der dem betreffenden Schuldverhältnis eigentümlichen Verjährungsfrist verjährt, falls ihm nicht durch Einstellung genügt oder durch Anerkennung der Einstellungspflicht die Verjährung unterbrochen wird. Die Verjährung des Anspruchs auf Zahlung des Überschusses kann erst beginnen, sobald dieser Anspruch fällig wird; in der Regel beginnt er daher bei Endigung des betreffenden Zeitabschnitts der Laufrechnung oder früherer Aufhebung des Laufrechnungsverhältnisses. Der Fall des BGB. § 199 Satz 1 liegt nicht vor (im Ergebnis ebenso Staub Anm. 16, Lehmann Nr. 17), da BGB. § 192 Satz 1 Leistungen betrifft, die (im regelmäßigen Verlauf) nur durch Kündigung fällig gemacht werden können.
2. Bis zur vertraglichen Überschußfeststellung ist aber der Überschuß nichts Selbständiges, sondern nur das rechnungsmäßige Ergebnis der Aufrechnung einer Seite der Laufrechnung gegen die andere; sein Betrag kann sich daher noch ändern, wenn Einzelposten demnächst sich ändern. Die Verjährung des Zahlungsanspruchs ist daher vor vertragsmäßiger Überschußfeststellung nur denkbar als Verjährung des aus den Einzelposten hervorgehenden Zahlungsanspruchs und der sich hieraus etwa rechnungsmäßig ergebenden Verminderung oder Beseitigung des Überschusses. Für jene Verjährung des aus den Einzelposten hervorgehenden Zahlungsanspruchs ist die jedem Einzelposten eigentümliche Verjährungsfrist maßgebend (vgl. oben Anm. III g 1); die Bestimmung des BGB. § 390 Satz 2 sorgt vor, daß im Ergebnis nie mehr als höchstens der ganze Überschuß durch Verjährung aufgezehrt werden kann.
3. Nach vertraglicher Überschußfeststellung ist Rechtsgrund der Schuld nur der Anerkennungsvertrag; der Überschuß verjährt daher nunmehr, gleichgültig aus welchen Posten er ursprünglich berechnet ist, mit neu beginnender dreißigjähriger Frist (Bolze 16 Nr. 144).

IX. **Die offene Rechnung.**

a. **Begriff.** Ein fester Begriff wird mit diesem Ausdruck nicht verbunden; in der Regel wird darunter verstanden die Tatsache des Bestehens einer Geschäftsverbindung unter Stundung von Geldleistungen ohne Laufrechnungsvertrag.

b. **Auf ein derartiges Verhältnis kommen lediglich die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung.** Für Einzelfälle allerdings kann durch besondere Parteiabreden oder durch die für die betreffende Art der Geschäftsverbindung maßgebende Verkehrssitte in einem oder dem anderen Punkt oder in mehreren Punkten eine Annäherung an die für den Laufrechnungsvertrag bestehenden gesetzlichen Vorschriften erzielt werden. Keine einzige Regel ist aber einerseits allen Fällen offener Rechnung gemeinsam (unten zu 1) und andererseits nur den Fällen offener Rechnung. Hiermit entfällt die Möglichkeit, das Verhältnis der offenen

Rechnung als ein besonderes Rechtsverhältnis zu behandeln und an dessen Bestehen bestimmte Regeln zu knüpfen (ebenso Rudorff Vorbem. zu §§ 355—357; ähnlich auch CosackHR. § 69 II; dagegen Staub Exk. zu § 357, Düringer-Hachenburg Vorbem. zu §§ 355—357).

1. Gesonderte Einklagung von Einzelposten. Das Verbot gesonderter Einklagung von Einzelposten gilt nicht für alle Fälle offener Rechnung, sondern nur dann, wenn der Kläger dem Beklagten zur Rechnungslegung verpflichtet ist (ROH. 7 379, 12 156, RG. 22 152, Bolze 2 Nr. 877, 878, ähnlich Düringer-Hachenburg Vorbem. III 2 zu §§ 355—357; dagegen ROH. 20 105, Staub Exk. zu § 357 Anm. 2) oder wenn — soweit hierin nicht eben die Abrede des Laufrechnungsvertrags liegt — im Einzelfall bedungen ist, daß die beiden Seiten des Kontos nur als Ganzes gegeneinander aufgerechnet werden sollen (RG. 28 36, 38, Bolze 4 Nr. 607). Und selbst mit dieser Beschränkung ist nur anzuerkennen, daß auf die Rechnungslegungspflicht eine Einrede gestützt werden kann, während das Bestehen eines Laufrechnungsvertrags, wenngleich nur vom Kläger erwähnt, von Amts wegen zu beachten wäre.
2. Die vertragliche Feststellung des Überschusses auf Grund erfolgter Abrechnung hat dieselben Wirkungen, ob nun ein Laufrechnungsvertrag bestand oder nicht (ebenso CosackHR. § 69 II 1), mit der einzigen Ausnahme (CosackHR. § 69 II 2), daß in letzterem Fall kein Recht auf Zinseszinsen besteht. Insbesondere enthält jedes vom Schuldgrund losgelöste, auf gehabter Verrechnung beruhende Anerkenntnis, auch das nicht auf Grund eines Laufrechnungsvertrags abgegebene, eine Umschaffung (Novation) des Schuldverhältnisses (dagegen Staub Exk. zu § 357 Anm. 6, Düringer-Hachenburg Vorbem. III 2c zu §§ 355—357), die vereinbarte Vortragung auf neue Rechnung wird auch hier in der Regel die Bedeutung eines derartigen Anerkenntnisses haben (vgl. CosackHR. 69 I 1; dagegen RG. 16 XII 01 JW. 02 97[34]). Sollte man für die offene Rechnung etwas Abweichendes annehmen wollen, so muß man es auch für die Laufrechnung, denn für beide Fälle gelten in dieser Beziehung lediglich dieselben Regeln des Bürgerlichen Rechts, für beide ist BGB. § 364 Abs. 2 nicht maßgebend, da bei jeder Abrechnung außer Zweifel steht, daß die Parteien ein späteres Zurückgreifen auf die einzelnen Posten nicht wollen. — Ob im Einzelfall ein vom Schuldgrund losgelöstes Anerkenntnis beabsichtigt war oder nicht (letzteres z. B. im Fall Bolze 18 Nr. 357), ist Tatfrage. In der Klageerhebung auf das Gesamtergebnis eines Rechnungsabschlusses liegt noch keine solche Loslösung; die für die einzelnen Forderungen getroffenen Vereinbarungen verlieren daher hierdurch noch nicht ihre Gültigkeit (RG. 16 XII 01 JW. 02 97[34]). So z. B. nicht die Vereinbarungen über den Gerichtsstand bezüglich der Einzelposten (OLG. Dresden 22 VI 01 OLGRspr. 3 432).
3. Die Regeln des § 356 HGB. finden auch bei offener Rechnung Anwendung (vgl. Bolze 6 Nr. 451; dagegen Düringer-Hachenburg Vorbem. III 1 zu §§ 355—357), da sie das den Anschauungen des Verkehrs Entsprechende enthalten (D. 199), und diese Anschauungen nicht auf den Fall eines Laufrechnungsvertrags sich beschränken.
4. Auch die Regeln des § 357 sind auf die offene Rechnung entsprechend anwendbar (dagegen Düringer-Hachenburg aaO.), da sie aus allgemeinen Grundsätzen ableitbar sind, und § 357 nur die Bedeutung hat, zu betonen, daß für den Laufrechnungsvertrag keine Ausnahme von jenen Grundsätzen gilt.

§ 356.

Gesicherte Einzelforderung. Gesamtschuld.

Wird eine Forderung, die durch Pfand, Bürgschaft oder in anderer Weise gesichert ist, in die laufende Rechnung aufgenommen, so wird der Gläubiger durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert, aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken.

Haftet ein Dritter für eine in die laufende Rechnung aufgenommene Forderung

als Gesammtschuldner, so findet auf die Geltendmachung der Forderung gegen ihn die Vorschrift des Abs. 1 entsprechende Anwendung.

ADH. — **Entw. I** § 327. **Entw. II** § 348.

I. **Verhältnis der Bestimmungen des § 356 zu anderen Rechtsnormen.**

a. **Steht § 356 der Annahme einer Umschaffung des Schuldverhältnisses durch Überschußfeststellung** (§ 355 Anm. III g 2) **entgegen?** Dies verneint mit Recht Staub Anm. 1 gegen Dernburg[3] 2 § 120, indem er darauf verweist, daß für den Fall eines Zwangsvergleichs, bei dem zweifellos eine Umschaffung des früheren Schuldverhältnisses vorliegt, eine ähnliche Bestimmung getroffen ist (KO. § 193). Die D. 199 ferner verweist auf die Bestimmung des BGB. § 223, wonach die aus der Verjährung eines Anspruchs herleitbare Einrede nicht auch dem Recht entgegensteht, Befriedigung aus einem für die verjährte Forderung mit Hypothek oder Pfandrecht belasteten Gegenstand zu suchen. — Die frühere Rechtsprechung (RG. 10 55, 18 250, 25 16; vgl. jedoch 28 37), der mit Rücksicht auf die gegenteiligen Bedürfnisse und Anschauungen des Verkehrs (D. 199) das HGB. durch die ausdrückliche Vorschrift des § 356 entgegentritt, hatte angenommen, daß der durch das Schuldanerkenntnis eintretende Fortfall der früheren Forderung die Folge habe, daß die Sicherheiten und die Haftung von Gesamtschuldnern erlösche. Aber nur dieser Folgerung, nicht dem Vordersatz, daß die frühere Forderung durch das Schuldanerkenntnis fortfalle, tritt § 356 entgegen.

b. **Das Fortbestehen der Sicherungen und Gesamtverpflichtungen trotz Umschaffung des ursprünglichen Schuldverhältnisses** wird auf zweierlei Weise gedeutet. In der D. 199 ist angenommen, daß „in gewissen Beziehungen", nämlich mit Bezug auf die Sicherungen oder die Gesamtverpflichteten, „die in der Rechnung enthaltenen Einzelforderungen noch eine Wirkung üben" und „die alte Forderung fortbesteht, soweit es sich um die Geltendmachung der Sicherheit handelt"; Staub Anm. 1 tritt dieser Deutung entgegen und faßt das Verhältnis vielmehr dahin auf: „Die Bürgschaft wird zur selbständigen Obligation, das Pfandrecht zur Sachbelastung nach Art der Grundschuld, die Hypothek zur Grundschuld, die Mithaftung zur Alleinhaftung" (hiergegen Lehmann §§ 355—357 Anm. 29). Hierbei handelt es sich indessen wohl nur um einen Wortstreit, denn auch eine Sachbelastung ist nicht denkbar ohne ein Recht auf das Bestehen dieser Sachbelastung, und dieses Recht ist eben die ursprüngliche Forderung in derjenigen Beschränkung, in der allein sie noch Wirkung äußert. — Über die Frage, ob im Gegensatz zu beiden vorerwähnten Ansichten eine andere Auffassung des Verhältnisses zu befriedigenderen Ergebnissen führt, vgl. unten Anm. IV d.

II. **Sicherung oder Gesamtschuld.**

a. **Sicherung** (§ 356 Abs. 1). In welcher Weise sie erfolgt, ist unerheblich. In Betracht kommen kann außer Verpfändung beweglicher Sachen und Bürgschaft auch eine Belastung unbeweglicher Sachen, die in § 356 wohl unter dem Ausdruck „Pfand" mitbegriffen ist; ferner aber auch z. B. eine Sicherung durch Eigentumsvorbehalt, Eigentumsübertragung zu treuer Hand und Zurückbehaltungsrecht (Düringer-Hachenburg Anm. II), wenngleich auf diese Fälle die Worte „aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen" in § 356 Abs. 1 nicht recht passen.

b. **Gesamtschuld** (§ 356 Abs. 2). Der Fall der Gesamtschuld wird namentlich in Frage kommen bei mehreren Wechselverpflichteten, wenn (§ 355 Anm. III a) der Laufrechnung die Wechselschuld des einen unterworfen ist, und bei der Inanspruchnahme persönlich haftender Gesellschafter wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft.

III. **Vor Überschußfeststellung** (§ 355 Anm. IIIg 2) vorhandener Einfluß des Laufrechnungsvertrags auf Sicherheiten und Gesamtverbindlichkeiten.

a. **Ohne Zustimmung des Sicherers (bezw. Gesamtschuldners) erfolgende Unterwerfung der Forderung unter den Laufrechnungsvertrag.** Wann die Zustimmung erklärt ist, insbesondere ob dies erst nachträglich geschehen, ist unerheblich. — Entsprechendes wie für die erstmalige Unterwerfung der Forderung unter den Laufrechnungsvertrag gilt auch für die Unterwerfung unter eine Änderung des Laufrechnungsvertrags; so z. B. wenn ohne Zuziehung des Sicherers bezw. Gesamtschuldners der Zeitabschnitt, an dessen Schluß abgerechnet werden soll, verlängert wird.

1. Unterwerfung der Forderung unter den Laufrechnungsvertrag nach Begründung der Sicherung oder Entstehen der Gesamtverbindlichkeit.

Während Laufs der Rechnung kann der Sicherer (bei Zurückbehaltung der Zurückbehaltungsgegner) sich berufen auf die in der Unterwerfung unter den Laufrechnungsvertrag liegende (§ 355 Anm. VIc 1) Stundung der Forderung bis zum Abschluß der Laufrechnung (BGB. §§ 1211 Satz 1, 1228 Abs. 2, § 1137 Satz 1, § 768 Satz 1); der Gesamtschuldner in der Regel nicht (BGB. § 425), sondern nur im Fall hinzutretender Gesamtschuldnerschaft (z. B. HGB. § 129 Abs. 1).

Von dem Zeitpunkt an, zu welchem die Laufrechnung abzuschließen ist, kann der Sicherer oder hinzutretende Gesamtschuldner nicht mehr Stundung der Hauptforderung einwenden. Der Gläubiger aber kann dann einen Anspruch nur noch insoweit geltend machen, als ihm ein Überschuß aus der Laufrechnung zukommt (Staub Anm. 5), und dem gegenüber kann der Sicherer und ein Gesamtschuldner jeder Art (BGB. § 422 Abs. 1) Aufrechnung einwenden, und zwar nach seiner Wahl (für die maßgebend sein wird, was ihm im Einzelfall günstiger) entweder indem er vom Überschuß aus der Laufrechnung die etwa vorhandenen außerhalb der Laufrechnung verbliebenen sonstigen Gegenforderungen des Schuldners abzieht, oder (da durch nachträgliche Abmachungen des Schuldners seine Stellung nicht verschlechtert werden kann) indem er ohne Rücksicht auf die Laufrechnung so aufrechnet, wie es für ihn vor Unterwerfung der Forderung unter den Laufrechnungsvertrag zulässig gewesen wäre. Die etwa demnächst erfolgende vertragliche Anerkennung des Rechnungsabschlusses nimmt weder dem Gläubiger (§ 356; unten Anm. IV) noch dem Schuldner die vorstehenden Rechte. — Dem Sicherer steht nicht etwa auch drittens das Recht zu, ohne Rücksicht auf das Bestehen des Laufrechnungsvertrags auch mit den nach Sicherung entstandenen, aber unter den Laufrechnungsvertrag fallenden Gegenforderungen nach der gesetzlichen Regel des BGB. § 396 aufzurechnen, so daß seine Haftung aus dem Sicherungsvertrag schon dann erloschen wäre (so Mosse Anm. 2; gegen ihn Staub Anm. 4), wenn nur zu irgend einem Zeitpunkt (nicht bloß bei Schluß des Laufrechnungs-Zeitabschnitts) die Summe der Leistungen der gesicherten Partei geringer war als die Summe der ihr bis dahin gewährten Gegenleistungen. Denn in dem Unterwerfen unter einen Laufrechnungsvertrag liegt das Ausschließen der Aufrechnungsregeln des BGB. § 396 (HGB. § 355 Anm. IIIf 1); der Dritte hat aber — mangels etwaiger besonderer Vereinbarungen — kein Recht darauf, daß bezüglich später entstehender Forderungen die Hauptparteien sei es die Aufrechnung überhaupt, sei es eine bestimmte Art der Aufrechnung nicht ausschließen, denn eine solche Abmachung der Hauptparteien verschlechtert nicht die Stellung des Dritten, sondern hat nur die Wirkung, daß keine Verbesserung seiner Stellung eintritt.

Beispiel. Schuldete A an B 100 unter Bürgschaft des C, ist dann B an A 50 und 25 schuldig geworden, schließen demnächst A und B einen Laufrechnungsvertrag und unterwerfen ihm die Schuld des A von 100 und die Schuld des B von 50, wird dann A mit 200, 125, 300, B mit 170, 400, 75 belastet, und tritt der Zeitpunkt des Abschlusses der Laufrechnung ein, so kann nach Vorstehendem B gegen C einen Anspruch in Höhe von $(100 + 200 + 125 + 300) - (50 + 170 + 400 + 75) = 30$ erheben; C kann dann mit den außerhalb der Laufrechnung verbliebenen 25 aufrechnen, haftet daher nur in Höhe von 5. Würde dagegen B während des Laufrechnungsvertrags nur mit $170 + 100 + 75$

als Gesammtschuldner, so findet auf die Geltendmachung der Forderung gegen ihn die Vorschrift des Abs. 1 entsprechende Anwendung.

ADH. — **Entw. I** § 327. **Entw. II** § 348.

I. Verhältnis des § 356 zu anderen Rechtsnormen.
  a. Ist mit § 356 die Annahme einer Umschaffung durch Überschußfeststellung unvereinbar?
  b. Wie ist das Fortbestehen der Sicherungen und Gesamtverpflichtungen zu erklären?
II. Sicherung oder Gesamtschuld.
III. Vor Überschußfeststellung.
IV. Nach Überschußfeststellung.
V. Nach Vortragung des Überschusses auf neue Rechnung.
VI. Befriedigung des Gläubigers aus dem Vermögen des Dritten.
VII. Übernahme von Sicherung oder Gesamtschuld für festgestellten Überschuß.

I. **Verhältnis der Bestimmungen des § 356 zu anderen Rechtsnormen.**

a. **Steht § 356 der Annahme einer Umschaffung des Schuldverhältnisses durch Überschußfeststellung** (§ 355 Anm. III g 2) **entgegen?** Dies verneint mit Recht Staub Anm. 1 gegen Dernburg [3] 2 § 120, indem er darauf verweist, daß für den Fall eines Zwangsvergleichs, bei dem zweifellos eine Umschaffung des früheren Schuldverhältnisses vorliegt, eine ähnliche Bestimmung getroffen ist (KO. § 193). Die D. 199 ferner verweist auf die Bestimmung des BGB. § 223, wonach die aus der Verjährung eines Anspruchs herleitbare Einrede nicht auch dem Recht entgegensteht, Befriedigung aus einem für die verjährte Forderung mit Hypothek oder Pfandrecht belasteten Gegenstand zu suchen. — Die frühere Rechtsprechung (RG. 10 55, 18 250, 25 16; vgl. jedoch 28 37), der mit Rücksicht auf die gegenteiligen Bedürfnisse und Anschauungen des Verkehrs (D. 199) das HGB. durch die ausdrückliche Vorschrift des § 356 entgegentritt, hatte angenommen, daß der durch das Schuldanerkenntnis eintretende Fortfall der früheren Forderung die Folge habe, daß die Sicherheiten und die Haftung von Gesamtschuldnern erlösche. Aber nur dieser F o l g e r u n g, nicht dem V o r d e r s a t z, daß die frühere Forderung durch das Schuldanerkenntnis fortfalle, tritt § 356 entgegen.

b. **Das Fortbestehen der Sicherungen und Gesamtverpflichtungen trotz Umschaffung des ursprünglichen Schuldverhältnisses** wird auf zweierlei Weise gedeutet. In der D. 199 ist angenommen, daß „in gewissen Beziehungen", nämlich mit Bezug auf die Sicherungen oder die Gesamtverpflichteten, „die in der Rechnung enthaltenen Einzelforderungen noch eine Wirkung üben" und „die alte Forderung fortbesteht, soweit es sich um die Geltendmachung der Sicherheit handelt"; Staub Anm. 1 tritt dieser Deutung entgegen und faßt das Verhältnis vielmehr dahin auf: „Die Bürgschaft wird zur selbständigen Obligation, das Pfandrecht zur Sachbelastung nach Art der Grundschuld, die Hypothek zur Grundschuld, die Mithaftung zur Alleinhaftung" (hiergegen Lehmann §§ 355—357 Anm. 29). Hierbei handelt es sich indessen wohl nur um einen Wortstreit, denn auch eine Sachbelastung ist nicht denkbar ohne ein Recht auf das Bestehen dieser Sachbelastung, und dieses Recht ist eben die ursprüngliche Forderung in derjenigen Beschränkung, in der allein sie noch Wirkung äußert. — Über die Frage, ob im Gegensatz zu beiden vorerwähnten Ansichten eine andere Auffassung des Verhältnisses zu befriedigenderen Ergebnissen führt, vgl. unten Anm. IV d.

II. **Sicherung oder Gesamtschuld.**

a. **Sicherung** (§ 356 Abs. 1). In welcher Weise sie erfolgt, ist unerheblich. In Betracht kommen kann außer Verpfändung beweglicher Sachen und Bürgschaft auch eine Belastung unbeweglicher Sachen, die in § 356 wohl unter dem Ausdruck „Pfand" mitbegriffen ist; ferner aber auch z. B. eine Sicherung durch Eigentumsvorbehalt, Eigentumsübertragung zu treuer Hand und Zurückbehaltungsrecht (Düringer-Hachenburg Anm. II), wenngleich auf diese Fälle die Worte „aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen" in § 356 Abs. 1 nicht recht passen.

b. **Gesamtschuld** (§ 356 Abs. 2). Der Fall der Gesamtschuld wird namentlich in Frage kommen bei mehreren Wechselverpflichteten, wenn (§ 355 Anm. III a) der Laufrechnung die Wechselschuld des einen unterworfen ist, und bei der Inanspruchnahme persönlich haftender Gesellschafter wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft.

III. **Der Überschußfeststellung** (§ 355 Anm. IIIg 2) vorhandener Einfluß des Laufrechnungsvertrags auf Sicherheiten und Gesamtverbindlichkeiten.

a. **Ohne Zustimmung des Sicherers (bezw. Gesamtschuldners) erfolgende Unterwerfung der Forderung unter den Laufrechnungsvertrag.** Wann die Zustimmung erklärt ist, insbesondere ob dies erst nachträglich geschehen, ist unerheblich. — Entsprechendes wie für die erstmalige Unterwerfung der Forderung unter den Laufrechnungsvertrag gilt auch für die Unterwerfung unter eine Änderung des Laufrechnungsvertrags; so z. B. wenn ohne Zuziehung des Sicherers bezw. Gesamtschuldners der Zeitabschnitt, an dessen Schluß abgerechnet werden soll, verlängert wird.

1. Unterwerfung der Forderung unter den Laufrechnungsvertrag nach Begründung der Sicherung oder Entstehen der Gesamtverbindlichkeit.

Während Laufs der Rechnung kann der Sicherer (bei Zurückbehaltung der Zurückbehaltungsgegner) sich berufen auf die in der Unterwerfung unter den Laufrechnungsvertrag liegende (§ 355 Anm. VIc 1) Stundung der Forderung bis zum Abschluß der Laufrechnung (BGB. §§ 1211 Satz 1, 1228 Abs. 2, § 1137 Satz 1, § 768 Satz 1); der Gesamtschuldner in der Regel nicht (BGB. § 425), sondern nur im Fall hinzutretender Gesamtschuldnerschaft (z. B. HGB. § 129 Abs. 1).

Von dem Zeitpunkt an, zu welchem die Laufrechnung abzuschließen ist, kann der Sicherer oder hinzutretende Gesamtschuldner nicht mehr Stundung der Hauptforderung einwenden. Der Gläubiger aber kann dann einen Anspruch nur noch insoweit geltend machen, als ihm ein Überschuß aus der Laufrechnung zukommt (Staub Anm. 5), und dem gegenüber kann der Sicherer und ein Gesamtschuldner jeder Art (BGB. § 422 Abs. 1) Aufrechnung einwenden, und zwar nach seiner Wahl (für die maßgebend sein wird, was ihm im Einzelfall günstiger) entweder indem er vom Überschuß aus der Laufrechnung die etwa vorhandenen außerhalb der Laufrechnung verbliebenen sonstigen Gegenforderungen des Schuldners abzieht, oder (da durch nachträgliche Abmachungen des Schuldners seine Stellung nicht verschlechtert werden kann) indem er ohne Rücksicht auf die Laufrechnung so aufrechnet, wie es für ihn vor Unterwerfung der Forderung unter den Laufrechnungsvertrag zulässig gewesen wäre. Die etwa demnächst erfolgende vertragliche Anerkennung des Rechnungsabschlusses nimmt weder dem Gläubiger (§ 356; unten Anm. IV) noch dem Schuldner die vorstehenden Rechte. — Dem Sicherer steht nicht etwa auch drittens das Recht zu, ohne Rücksicht auf das Bestehen des Laufrechnungsvertrags auch mit den nach Sicherung entstandenen, aber unter den Laufrechnungsvertrag fallenden Gegenforderungen nach der gesetzlichen Regel des BGB. § 396 aufzurechnen, so daß seine Haftung aus dem Sicherungsvertrag schon dann erloschen wäre (so Mosse Anm. 2; gegen ihn Staub Anm. 4), wenn nur zu irgend einem Zeitpunkt (nicht bloß bei Schluß des Laufrechnungs-Zeitabschnitts) die Summe der Leistungen der gesicherten Partei geringer war als die Summe der ihr bis dahin gewährten Gegenleistungen. Denn in dem Unterwerfen unter einen Laufrechnungsvertrag liegt das Ausschließen der Aufrechnungsregeln des BGB. § 396 (HGB. § 355 Anm. IIIf 1); der Dritte hat aber — mangels etwaiger besonderer Vereinbarungen — kein Recht darauf, daß bezüglich später entstehender Forderungen die Hauptparteien sei es die Aufrechnung überhaupt, sei es eine bestimmte Art der Aufrechnung nicht ausschließen, denn eine solche Abmachung der Hauptparteien verschlechtert nicht die Stellung des Dritten, sondern hat nur die Wirkung, daß keine Verbesserung seiner Stellung eintritt.

Beispiel. Schuldete A an B 100 unter Bürgschaft des C, ist dann B an A 50 und 25 schuldig geworden, schließen demnächst A und B einen Laufrechnungsvertrag und unterwerfen ihm die Schuld des A von 100 und die Schuld des B von 50, wird dann A mit 200, 125, 300, B mit 170, 400, 75 belastet, und tritt der Zeitpunkt des Abschlusses der Laufrechnung ein, so kann nach Vorstehendem B gegen C einen Anspruch in Höhe von $(100 + 200 + 125 + 300) - (50 + 170 + 400 + 75) = 30$ erheben; C kann dann mit den außerhalb der Laufrechnung verbliebenen 25 aufrechnen, haftet daher nur in Höhe von 5. Würde dagegen B während des Laufrechnungsvertrags nur mit $170 + 100 + 75$

belastet, so kann B gegen A einen Anspruch in Höhe von (100 + 200 + 125 + 300) — (50 + 170 + 100 + 75) = 330, gegen C also in Höhe von 100 geltend machen; C aber kann mit der bereits vor dem Laufrechnungsvertrag vorhandenen Schuld des B von 75 aufrechnen, haftet daher nur in Höhe von 25.

2. Unterwerfung der Forderung unter den Laufrechnungsvertrag vor Begründung der Sicherung oder Entstehen der Gesamtverbindlichkeit.

Auch in diesem Fall kann es an einer Zustimmung des Sicherers bezw. Gesamtschuldners zu jener Unterwerfung mangeln; so namentlich wenn der Sicherer oder Gesamtschuldner sich für eine einzelne Schuld verbindlich gemacht hat, ohne Kenntnis davon zu haben, daß zwischen den Hauptparteien ein Laufrechnungsvertrag bestand.

In diesem Fall gilt dasselbe wie zu 1, auch bezüglich des Wahlrechts zwischen zwei Arten der Aufrechnung, nur daß bei der zweiten Aufrechnungsart an die Stelle des Zeitpunkts der Unterwerfung der gesicherten Forderung unter den Laufrechnungsvertrag hier der Zeitpunkt der Sicherung bezw. Begründung der Gesamtschuld tritt.

b. **Mit Zustimmung des Sicherers (bezw. Gesamtschuldners) erfolgende Unterwerfung der Forderung unter den Laufrechnungsvertrag.** In einer derartigen Zustimmung — gleichgültig ob sie vorher oder nachträglich erklärt ist — muß die Erklärung gefunden werden, daß der Sicherer auch seinerseits nur in gleicher Weise solle aufrechnen dürfen wie die durch den Laufrechnungsvertrag gebundene Hauptpartei. Abgesehen aber von der so ausgeschlossenen wahlweisen Zulässigkeit einer anderen Art der Aufrechnung, gilt auch in diesem Fall dasselbe wie in dem Fall zu a. Der ausdrücklichen Zustimmung wird in der Regel gleichzuachten sein die Verbindlichmachung zu Sicherung bezw. Gesamtschuld bei Kenntnis davon, daß die Hauptschuld einem Laufrechnungsvertrag untersteht.

IV. **Nach Überschußfeststellung.**

a. **Anerkennung des Rechnungsabschlusses.** Vgl. § 355 Anm. III g 2.

b. **„Nicht gehindert."** Nur die Zeit nach Überschußfeststellung behandelt § 356. Seine Fassung läßt unentschieden, ob der Gläubiger das, woran er nach § 356 durch die Überschußfeststellung „nicht gehindert" ist, auch schon vorher in gleicher Weise geltend machen kann, oder ob sein Recht durch die Überschußfeststellung zwar beschränkt wird, aber doch der Rest, woran er nach § 356 „nicht gehindert" ist, ihm verbleibt. Sachlich ist das erstere zutreffend (oben Anm. III, Staub Anm. 5).

c. **„Aus der Sicherheit Befriedigung zu suchen."** Diese Worte sind zu eng gewählt, denn sie passen nicht auf einige Arten möglicher Sicherung (oben Anm. II) und umfassen auch nicht alle dem Gläubiger zustehenden Rechte bei den ausdrücklich in § 356 Abs. 1 erwähnten Arten der Sicherung durch Pfand oder Bürgschaft, wie z. B. das Recht des Pfandgläubigers auf Pfanderhöhung bei Wertminderung des Pfandes (BGB. § 1218). Der § 356 Abs. 1 ist ausdehnend dahin auszulegen, daß er die Ausübung aller dem Gläubiger aus dem Sicherungsvertrag zustehenden Rechte umfaßt.

d. **Insoweit, als sein Guthaben aus der Laufrechnung und die Forderung sich decken.** „Insoweit, als" bedeutet „bis zu dem Betrag, bis zu welchem". Die D. 199 bemerkt: „Folgen mehrere Abrechnungen aufeinander, so muß der niedrigste Saldo entscheiden. Sind mehrere Forderungen, die den Gesamtbetrag des Saldos übersteigen, durch verschiedene Pfänder gesichert, so haftet jedes Pfand bis zur Höhe des Saldos, soweit die einzelne Forderung nicht hinter dem Betrag des letzteren zurückbleibt. Ein Übergang der Pfand- oder sonstigen Sicherungsrechte auf die Saldoforderung findet nicht statt; vielmehr" (hierüber vgl. oben Anm. I b) „besteht die alte Forderung fort, soweit es sich um die Geltendmachung der Sicherheit handelt. Dem Bürgen oder dritten Verpfänder bleiben daher auch alle Einreden gegen diese Forderung vorbehalten." In welcher näheren Weise die Aufrechnungseinrede erhoben werden kann, vgl. oben Anm. III. Düringer-Hachenburg Anm. II c nehmen im Gegensatz zur Denkschrift an, daß die Höhe des Saldos zur Zeit der Geltendmachung, nicht die Höhe des niedrigsten Saldos entscheide; zu Unrecht, da bei Überschußfeststellung alles Nichtfestgestellte durch Aufrechnung getilgt (§ 355 Anm. III f 2), mithin insoweit der Sicherer bereits damals freigeworden ist. Die Auffassung der Denkschrift, daß kein Über-

gang der Pfand- oder sonstigen Sicherungsrechte auf die Überschußforderung stattfinde, hat im Wortlaut des Gesetzes nicht Ausdruck gefunden, da „Forderung", weil in § 356 Abs. 1 für das Verhältnis der Hauptparteien zueinander gebraucht, jedenfalls nur als „frühere Forderung" auslegbar ist. Jene Auffassung ist mithin durch das Gesetz nicht festgelegt. Sie führt zu Schwierigkeiten in bezug auf die Annahme eines (wenngleich beschränkten) Fortbestehens der alten Forderung (oben Anm. Ib) und für die Fragen, wie die Vortragung des Überschusses auf neue Rechnung (unten Anm. V) und die Befriedigung des Gläubigers durch den Dritten (unten Anm. VIb) wirken. Diese Schwierigkeiten würden vermieden werden, wenn man das Verhältnis vielmehr dahin auffassen würde, daß bei vertraglicher Feststellung der Überschußforderung ein Übergang der Sicherungsrechte auf die Überschußforderung zwar stattfinde (vgl. RG. 28 37), aber den dritten Sicherern und Gesamtschuldnern hierdurch keine Einwendungen oder Einreden entzogen werden, die sie auf Grund des bisherigen Rechtsverhältnisses hätten erheben können.

V. **Nach Vortragung des Überschusses auf neue Rechnung.** Diese Vortragung hat nicht (was CosackHR. § 69 I 8 annimmt) die Wirkung, daß die Sicherungen und Gesamtverpflichtungen nunmehr erlöschen. Vielmehr liegt in der Vortragung nur die Unterwerfung des Überschusses unter die neue Laufrechnung; Folge dieser Unterwerfung ist aber nicht der Untergang der Guthabenforderung, vielmehr nur die Umwandlung der Guthabenforderung aus einer Forderung auf Zahlung in eine Forderung auf Einstellung in die Laufrechnung (§ 355 Anm. IIIg 3). Dieser Fall ist daher entsprechend demjenigen (oben Anm. III) zu behandeln, daß die ursprüngliche Forderung dem Laufrechnungsvertrag unterworfen wird; er liegt dem letzteren Fall ganz gleich, wenn man zugeben will (vgl. oben Anm. IVd), daß die Sicherungsrechte auf die Überschußforderung übergehen.

VI. **Befriedigung des Gläubigers aus dem Vermögen des Dritten.** Nicht zuzustimmen ist der Ansicht, daß bei Bestehen eines Laufrechnungsverhältnisses die Befriedigung des Gläubigers nie (so Staub Anm. 6) oder doch nicht nach Überschußfeststellung (so Düringer-Hachenburg Anm. IIb) einen Forderungsübergang auf den Befriediger zur Folge habe. Es ist vielmehr zu unterscheiden:

a. **Befriedigung vor Überschußfeststellung.**

1. Hat der Dritte nicht der Unterwerfung der Forderung unter den Laufrechnungsvertrag zugestimmt, so behält die allgemeine Regel — für diejenigen Arten von Sicherung bzw. Gesamtschuld, für die sie überhaupt gegeben ist — Geltung, daß die Befriedigung den Übergang der ursprünglichen Forderung auf den Dritten zur Folge hat (BGB. §§ 1225, 774, 1143, 426 Abs. 2). Denn die Stellung des Dritten kann durch nachträgliche Abreden der Hauptparteien nicht verschlechtert werden; das Befriedigungsrecht soll aber den Dritten sichern gegen nachteilige Folgen einer ohne seine Zustimmung gewährten Stundung (Planck[4] § 776 Anm. 1). Der Schuldner erwirbt — soweit nicht besondere Abreden entgegenstehen — durch die Befriedigung einen Anspruch gegen den Gläubiger auf entsprechende Gutschrift in Laufrechnung.
2. Hat der Dritte der Unterwerfung der Forderung unter den Laufrechnungsvertrag zugestimmt, so ist er im Verhältnis zum Schuldner nur noch berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn erstens der Zeitpunkt, zu dem die Laufrechnung abzuschließen ist, eingetreten ist, und wenn zweitens dann dem Gläubiger ein Guthaben aus der Laufrechnung zusteht. Denn nur dann und insoweit ist — wie mit seiner Zustimmung vereinbart — eine fällige Forderung des Gläubigers auf Zahlung vorhanden. Ist hiernach im Einzelfall der Dritte berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, und macht er von diesem Recht Gebrauch, so geht, wie im Fall zu 1, die ursprüngliche Forderung auf ihn über. Ist er nicht berechtigt den Gläubiger zu befriedigen, so geht keine auf Zahlung gerichtete Forderung auf ihn über.

b. **Befriedigung nach Überschußfeststellung.** Durch die Überschußfeststellung geht im Verhältnis des Gläubigers der gesicherten Forderung zum Schuldner die Forderung unter (§ 355 Anm. IIIg 2). Verbleibt für den Schuldner ein Überschuß, so ist damit die gesicherte Forderung getilgt und der Sicherer frei, so daß eine Befriedigung durch letzteren nicht mehr

in Frage kommen kann. Verbleibt für den Gläubiger ein Überschuß, so kann, wenn der Sicherer bzw. ausgleichungsberechtigte Gesamtschuldner diesen befriedigt, zwar nicht mehr ein Übergang der ursprünglichen, durch die Überschußfeststellung untergegangenen Forderung angenommen werden. Dagegen werden die erwähnten Bestimmungen des BGB. für diesen Fall entsprechend dahin auszulegen sein, daß nunmehr ein entsprechender Teil der Forderung aus dem festgestellten Überschuß übergeht. Hierin kann nie eine Benachteiligung des Sicherers bzw. Gesamtschuldners liegen, weshalb für diesen Fall auch unerheblich ist, ob er der Überschußfeststellung zugestimmt hat oder nicht. — Die mehreren Sicherer untereinander sind Gesamtschuldner; selbst wenn man nicht zugeben will, daß sie alle für dieselbe Schuld, den Überschuß, haften (vgl. oben Anm. IV d), so würde dasselbe auf einem Umweg auch daraus sich ergeben, daß bei Befriedigung und Übergang eines entsprechenden Teils der Überschußforderung auch die Nebenrechte der letzteren mit übergehen (BGB. §§ 401, 412). Die Ausgleichungspflicht der mehreren in verschiedener Höhe haftenden Sicherer untereinander ist dahin zu bestimmen, daß der bezahlte Betrag unter alle nach Verhältnis der Höhe, bis zu der ein jeder haftet, zu verteilen ist; der § 426 Satz 1 BGB. berücksichtigt nur den einfacheren Fall, daß jeder der Mehreren gleich hoch haftet.

VII. **Übernahme einer Sicherung oder Gesamtschuld für festgestellten Überschuß.** Dieser Fall ist in § 356 nicht besonders behandelt; in der Tat unterscheidet er sich in keiner Weise von dem Fall der Übernahme einer Sicherung oder Gesamtschuld für eine sonstige Einzelforderung. Wird der Laufrechnungsvertrag fortgesetzt und der so gesicherte Überschuß in die neue Laufrechnung eingestellt, so sind mithin die oben in Anm. III entwickelten Regeln anwendbar. — Zulässig ist aber auch das Gewähren einer Sicherung in der Weise, daß sie für die jeweilige Schuld des Hauptschuldners — mit oder ohne Festsetzung eines Höchstbetrags oder einer Zeitgrenze — haften soll; in diesem Fall erlischt das Recht auf die Sicherung nicht dadurch, daß vorübergehend die Schuld geringer geworden war (ROH. 9 185, Bolze 6 Nr. 613). Ob die Übernahme einer derartigen Sicherung beabsichtigt war, ist Frage der Auslegung der getroffenen Abreden (Bolze 3 Nr. 588).

§ 357.

Pfändung des Überschusses aus Laufrechnung.

Hat der Gläubiger eines Betheiligten die Pfändung und Ueberweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt, was seinem Schuldner als Ueberschuß aus der laufenden Rechnung zukommt, so können dem Gläubiger gegenüber Schuldposten, die nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstehen, nicht in Rechnung gestellt werden. Geschäfte, die auf Grund eines schon vor der Pfändung bestehenden Rechtes oder einer schon vor diesem Zeitpunkte bestehenden Verpflichtung des Drittschuldners vorgenommen werden, gelten nicht als neue Geschäfte im Sinne dieser Vorschrift.

ADH. — **Entw. I** § 328. **Entw. II** § 349.

I. Pfändung und Überweisung des Überschusses.
II. Wirkung.
III. Neue Geschäfte.
IV. Pfändung und Überweisung künftigen Überschusses.

I. **Pfändung und Überweisung des Überschusses.**

a. **Überschuß.** „Dasjenige, was seinem Schuldner als Überschuß aus der laufenden Rechnung zukommt." Hierunter ist in § 357 verstanden („zukommt", nicht „zukommen wird"; ebenso Staub Anm. 2; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. I, III 2) der zur Zeit der Pfändung bestehende Überschuß (unter Mitberücksichtigung der zu dieser Zeit noch schwebenden Geschäfte; Satz 3). Von dem Fall des § 357 ist daher zu unterscheiden die Pfändung und Überweisung des künftigen Überschusses (unten Anm. IV). Über die Frage, ob während

Bestehens des Laufrechnungsvertrags eine demselben unterworfene Einzelforderung gepfändet und überwiesen werden kann, vgl. § 355 Anm. III e 2, 4.

b. **Pfändung und Überweisung.** Nur auf den Zeitpunkt der Pfändung (CPO. §§ 829 ff.) kommt es an; die Pfändung erzeugt aber keinen Anspruch auf Zahlung, bis die Überweisung (CPO. §§ 835 ff.) hinzukommt. Das Gesetz enthält keine Frist für die Erwirkung der Überweisung; die letztere kann daher wirksam auch noch nach Ablauf des betreffenden Zeitabschnitts der Laufrechnung erfolgen. Ob und in welcher Weise die Beteiligten (die beiden Laufrechner oder ein Gläubiger, der später Pfändung und Überweisung erlangt hat) den Pfändungsgläubiger zur Herbeiführung der Überweisung oder Verzicht auf die Rechte aus Pfändung zwingen können, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden.

c. **Zulässigkeit.**

1. Pfändung. Die Pfändung des gegenwärtigen Überschusses ist in § 357 im Gegensatz zu der früher herrschenden Meinung (D. 200) für zulässig erklärt. Die Pfändung ist selbst dann zulässig, wenn der Schuldner kein Recht zu vorzeitiger Lösung des Laufrechnungsvertrags hat (Staub Anm. 3); ob ein Recht zu sofortiger Kündigung besteht, ist vielmehr nur erheblich für die Frage, für welchen Zeitpunkt der Pfändungsgläubiger Zahlung fordern kann (unten Anm. II a 3).

2. Abtretung? Während das HGB. die Pfändung ausdrücklich gestattet, wird wohl bezüglich der freiwilligen Übertragung eines gegenwärtigen Überschusses vor Endigung des Laufrechnungsvertrags an der früheren Ansicht festzuhalten sein, daß sie als durch die Abrede des Laufrechnungsvertrags ausgeschlossen und daher unzulässiig (BGB. § 399) anzusehen sei (ebenso Staub Anm. 8). Doch kann unter Umständen die Abtretung gemeint sein als Abtretung des künftigen Überschusses bis zum Höchstbetrag des zur Zeit der Abtretung vorhandenen; eine Abtretung dieses Inhalts ist aber zulässig (vgl. unten Anm. IV, § 355 Anm. III e 4).

II. **Wirkung** der Pfändung und Überweisung.

a. **Verhältnis des Pfändungsgläubigers zum Drittschuldner.**

1. Neue Posten zu Lasten des Schuldners („Schuldposten"). Nur über die nach dieser Richtung eintretende Wirkung der Pfändung enthält § 357 ausdrückliche Vorschriften. Regel ist hiernach, daß nach erfolgter Pfändung nur die damals bereits entstandenen Schuldposten (gleichgültig, ob sie bereits gebucht waren oder nicht) dem Pfändungsgläubiger in Rechnung gestellt werden dürfen. Eine Ausnahme ist jedoch zugelassen für diejenigen Schuldposten, die zwar erst nach der Pfändung entstehen, aber nicht durch neue Geschäfte (unten Anm. III). Unter „Schuldposten" sind diejenigen Posten verstanden, durch welche die „Ansprüche und Leistungen" (§ 355 Anm. III b) des Drittschuldners zum Ausdruck gebracht werden.

2. Neue Posten zu gunsten des Schuldners (Forderungsposten). Ob der Pfändungsgläubiger die Einsetzung derartiger Posten beanspruchen kann, ist im Gesetz nicht bestimmt. Für Verneinung D. 200: „Aus den Vorschriften des § 349" (jetzt § 357) „ergibt sich andererseits, daß, wenn ungeachtet der Pfändung das Kontokurrentverhältnis fortgesetzt wird, eine nachträgliche Erhöhung des Guthabens des Schuldners dem Gläubiger nicht zu gute kommt"; ebenso Staub Anm. 5; dagegen für Bejahung: Düringer-Hachenburg Anm. III 2. Die Erläuterung der Denkschrift ist für zutreffend zu erachten, denn nur was dem Schuldner „zukommt", also zur Zeit der Pfändung zukommt (oben Anm. I a), wird nach dem Wortlaut des § 357 von der Pfändung betroffen.

3. Zulässige Einwendungen des Drittschuldners. Die D. 200 bemerkt: „Die Rechtslage des Drittschuldners darf durch die Pfändung nicht verschlechtert werden; insbesondere müssen ihm alle Einwendungen, die er seinem Kontokurrentgegner entgegensetzen könnte, wenn dieser selbst die Zahlung des Saldos beanspruchen würde, auch dem pfändenden Gläubiger gegenüber zustehen. Dies gilt ebenso hinsichtlich der Art und Höhe, wie hinsichtlich des Zeitpunkts der Zahlungsleistung. Die bloß tatsächliche Erwartung freilich, von welcher der Drittschuldner in bezug auf die Art und Zeit der Berichtigung seiner Verpflichtung ausgegangen ist, kann hier so wenig wie bei anderen der Pfändung unterworfenen

Forderungen berücksichtigt werden." Über den Zeitpunkt, zu welchem hiernach Zahlung gefordert werden kann, vgl. § 355 Anm. VI; für die Bestimmung dieses Zeitpunkts ersetzt die Überweisung eine Kündigung des Laufrechnungsvertrags seitens des Schuldners (CPO. § 836 Abs. 1). Ist hiernach der Zeitpunkt der Zahlung abhängig von dem Kündigungsrecht des Schuldners, so ist doch die Pfändung hiervon unabhängig, vielmehr selbst dann zulässig, wenn der Schuldner kein Recht zu vorzeitiger Kündigung hat (Staub Anm. 3).

b. **Verhältnis des Schuldners zum Drittschuldner**, d. h. der beiden Laufrechner zueinander. Unter Umständen gibt die Pfändung dem Drittschuldner die Berechtigung, seinerseits den Laufrechnungsvertrag vorzeitig zu kündigen (§ 355 Anm. VIc 2). Erfolgt keine Kündigung. so besteht das bisherige Laufrechnungsverhältnis fort. Nur hat der Drittschuldner den Schuldner in der Laufrechnung zu belasten mit dem Betrag des gegenwärtigen Überschusses oder dem Betrag, wegen dessen gepfändet ist, je nachdem der eine oder der andere der geringere ist (Staub Anm. 6). Diese Belastung hat schon zur Zeit der Pfändung zu erfolgen, vorbehaltlich des Anspruchs auf demnächstige Rückbuchung bei nicht folgender Überweisung.

III. **Neue Geschäfte.**

Der § 357 Satz 2 spricht zur Vermeidung von Zweifeln (D. 200) aus, daß Geschäfte, die auf Grund eines schon vor der Pfändung bestehenden Rechts oder einer schon vor diesem Zeitpunkt bestehenden Verpflichtung des Drittschuldners vorgenommen werden, nicht als neue Geschäfte im Sinn des § 357 Satz 1 gelten. Die Worte „des Drittschuldners" gehören sowohl zu „Rechtes" wie zu „Verpflichtung". Auf Grund eines Rechts des Drittschuldners kann sowohl ein Schuld- wie ein Forderungsposten entstehen; ersteres wenn der Drittschuldner unmittelbar seinen Anspruch bucht, letzteres wenn der Drittschuldner auf Grund seines Anspruchs die Leistung des Schuldners entgegennimmt und dann diese Leistung des Schuldners bucht. Entsprechend bei Verpflichtungen des Drittschuldners, je nachdem die gemäß der Verpflichtung erfolgte Leistung oder der Anspruch auf diese Leistung gebucht wird. Daß auch nachträglich entstandene, aber durch früher bestehende Rechte oder Verpflichtungen begründete Forderungsposten bei Berechnung des zur Zeit der Pfändung vorhandenen Überschusses berücksichtigt werden, kann der Pfändungsgläubiger fordern (vgl. oben Anm. IIa 2).

Aus der Vorschrift des § 357 Satz 2 „folgt unter anderem, daß Posten, für welche der Schuldner nur unter Vorbehalt erkannt ist, insbesondere die Gutschriften für eingesandte aber noch nicht eingelöste Rimessen, auch dem pfändenden Gläubiger noch keinen endgültigen Anspruch gewähren" (D. 200). Die Vorschrift des § 357 Satz 2 geht aber über eine Anwendung der in der Denkschrift erwähnten Art, wie sie den allgemeinen für den Fall der Endigung des Laufrechnungsvertrags maßgebenden Regeln (§ 355 Anm. VIa) entsprechen würde, hinaus. Nicht nur dasjenige darf der Drittschuldner gegenüber dem Pfändungsgläubiger belasten, was er dem anderen Laufrechner belasten dürfte, wenn der Laufrechnungsvertrag mit der Pfändung enden würde, sondern außerdem auch dasjenige, was er, da der Laufrechnungsvertrag fortbesteht (oben Anm. IIb), auf Grund einer früheren Verpflichtung dem anderen Laufrechner zu leisten gezwungen ist. Hat sich daher z. B. der Drittschuldner bei Beginn der Laufrechnung verpflichtet, dem Schuldner Darlehne bis zu bestimmter Höhe unter Buchung auf Laufrechnung zu gewähren, so bleibt, wenn nur der gegenwärtige Überschuß der Laufrechnung gepfändet ist, der Drittschuldner — soweit er nicht von einem etwaigen Verweigerungsrecht Gebrauch macht (§ 355 Anm. VIc 2) — nichtsdestoweniger verpflichtet, dem Schuldner auch künftig Darlehne bis zur gedachten Höhe zu gewähren, und wenn er dies tut, darf er sie nicht nur im Verhältnis zum Schuldner, sondern auch im Verhältnis zum Pfändungsgläubiger in Rechnung stellen. Will daher letzterer sicher gehen, so muß er außerdem auch die Rechte des Schuldners aus dem Darlehnsvorvertrag pfänden und sich überweisen lassen. — Für die Frage, in welchen einzelnen Fällen ein Recht bezw. eine Verpflichtung als vor einem bestimmten Zeitpunkt bereits bestehend anzusehen ist, sind die über die gleiche Frage zu §§ 1, 30 Nr. 2 KO. ergangenen Entscheidungen verwertbar.

IV. **Pfändung und Überweisung des künftigen Überschusses.** Sie ist in § 357 nicht

erwähnt (oben Anm. I a), ist aber zulässig (D. 200) und ähnelt der Pfändung eines Auseinandersetzungsguthabens (vgl. HGB. § 135.) Sie bewirkt, daß nachträgliche Erhöhungen des Guthabens des Schuldners dem Pfändungsgläubiger zu gut kommen (D. 200), anderseits auch, daß er sich nachträgliche Verringerungen dieses Guthabens entgegenhalten lassen muß; beides auch dann, wenn die Erhöhung bezw. Verringerung auf neuen Geschäften (oben Anm. III) beruht. Erwirkt der Gläubiger gleichzeitig sowohl Pfändung und Überweisung des jetzigen Überschusses wie auch Pfändung und Überweisung des künftigen Überschusses, so ist er durch erstere gegen Verringerung des jetzigen Überschusses durch neue Geschäfte gesichert und hat durch letztere einen Anspruch erworben auf den etwaigen Überschuß der Summe aller späteren Forderungsposten über die Summe aller späteren Schuldposten. — Es sind verschiedene Sonderfälle einer Pfändung und Überweisung des künftigen Überschusses denkbar. So kann die Maßregel entweder gerichtet werden auf den bei Abschluß des laufenden Rechnungsabschnitts oder aber auf den bei Endigung des Laufrechnungsvertrags vorhandenen Überschuß. Sie kann auch mit der Begrenzung eines bestimmten Höchstbetrags erfolgen, insbesondere auch in der Weise (§ 355 Anm. III e 4), daß die Höchstgrenze durch den Betrag einer in die Laufrechnung aufgenommenen Einzelforderung bestimmt wird. — Wie die Pfändung nnd Überweisung, ist auch die Abtretung zulässig.

VI. Zeit und Gegenstand der Leistung (§§ 358—361).

§ 358.

Leistung während Geschäftszeit.

Bei Handelsgeschäften kann die Leistung nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit bewirkt und gefordert werden.

ADH. Art. 332. **Entw. I** § 329. **Entw. II** § 350.

I. **Verhältnis zum BGB.** Das BGB. enthält keine ausdrückliche, dem § 358 entsprechende Vorschrift. Das in § 358 Ausgesprochene würde indessen wohl auch abzuleiten sein aus den allgemeineren Bestimmungen des BGB. §§ 157, 242; der § 358 enthält mithin keine Abweichung vom BGB. sondern nur eine Ergänzung zu ihm (D. 193).

II. **Der § 358 ist nur vertragergänzend;** er sollte weder ausschließen, daß von vornherein ein Leisten außerhalb der gewöhnlichen Geschäftszeit gültig bedungen werden könne, noch daß nachträglich der andere Teil ein Fordern außerhalb der Geschäftszeit oder ein Leisten außerhalb der Geschäftszeit als wirksam gelten lassen dürfe (Staub Anm. 1—3). Der abweichende und dann der gesetzlichen Regel vorgehende Parteiwille kann z. B. auch dahin gehen, daß nicht die allgemeine, sondern daß die im Betrieb des betreffenden Schuldners übliche Geschäftszeit die maßgebende sein solle (Staub Anm. 5).

III. **Bei Handelsgeschäften.**

a. **Bei** ist gleichbedeutend mit „gelegentlich" (§ 39 Anm. II a 1). Aus der Fassung folgt, daß die Regel des § 358 nicht auf diejenigen Leistungen zu beschränken ist, die nach dem Willen der Parteien Gegenstand des betreffenden Handelsgeschäfts sein sollten, insbesondere also auch nicht auf vertraglich bedungene.

b. **Handelsgeschäft.** Aus § 345 folgt, daß die Regel des § 358 für beide Teile Geltung hat, auch wenn das betreffende Geschäft nur für einen von beiden Teilen Handelsgeschäft ist, insbesondere daher auch dann (vgl. KB. 114), wenn nur einer von beiden Teilen Kaufmann ist.

IV. **Leistung.** Nach BGB. § 241 kann eine Leistung auch in einem Unterlassen bestehen. Dieser Fall ist indessen von HGB. § 358 nicht umfaßt. Wer Unterlassung zugesagt hat, muß im Zweifel auch außerhalb der Geschäftszeit unterlassen. Dasselbe gilt auch für den Fall einer in einem Dulden bestehenden Leistung, außer wenn das dem Dulden entsprechende Tun der anderen Partei unter die Regel des § 358 fällt. — Unerheblich ist, ob die Leistung zwecks Erfüllung einer Verbindlichkeit oder zwecks Herbeiführung des Eintritts einer an das Leisten geknüpften Bedingung oder zwecks Ausübung des innerhalb einer Frist bestehenden Leistungs-

rechts erfolgt (RG. 37 282). — Abweichend von BGB. § 193 bezieht sich HGB. § 358 nicht auch auf Erklärungen (RG. 37 284). Doch kann unter Umständen die Auslegung der Parteiabreden dahin führen, daß eine in jenen Abreden zugelassene Erklärung nur innerhalb der Geschäftsstunden sollte erfolgen dürfen. So z. B. wenn ein Teil dem anderen eine Frist zur Erklärung setzt; die Fristsetzung ist dann nach kaufmännischem Sprachgebrauch dahin im Zweifel zu verstehen, daß die Frist mit Eintritt der abendlichen Geschäftsruhe am letzten Tag enden solle (RG. 43 77, vgl. 53 59).

V. **Während der gewöhnlichen Geschäftszeit.** Es kommt nicht darauf an, welche Geschäftszeit in dem einzelnen Betrieb (anscheinend dagegen Staub § 418 Anm. 2), sondern darauf, welche Geschäftszeit in Betrieben gleicher Art die gewöhnliche ist (vgl. jedoch oben Anm. II). Maßgebend sind die am Leistungsort (vgl. § 359 Abs. 1, 361) bestehenden Betriebe gleicher oder ähnlicher Art wie derjenige des Schuldners. Unter „Geschäftszeit“ sind die „Geschäftsstunden“ verstanden (vgl. § 418); der § 358 gibt daher keine Vorschrift darüber, an welchem Tag eine Leistung gefordert werden kann, sondern nur darüber, zu welcher Zeit des Tags, wenn der Tag an sich feststeht. Für die Entscheidung der ersteren Frage sind neben HGB. § 359 lediglich die Vorschriften des BGB. maßgebend, insbesondere für die Frage, ob an Sonn- und Festtagen zu leisten, die Auslegungsvorschrift (BGB. § 186) des BGB. § 193 (HGB. § 359 Anm. I a). Allerdings wird HGB. § 358 für die Frage, ob an einem Sonn- oder Festtag die Leistung gefordert oder bewirkt werden kann, dann erheblich, wenn in dem betreffenden Betrieb an jenem Sonn- bzw. Feiertag überhaupt keine Geschäftsstunden üblich sind; aus § 358 folgt in solchem Fall die Verneinung jener Frage (RG. 37 282); nicht aus § 358 ableitbar ist aber, welcher andere Tag an die Stelle tritt.

§ 359.

Zeitpunkt der Leistung. Frist.

Ist als Zeit der Leistung das Frühjahr oder der Herbst oder ein in ähnlicher Weise bestimmter Zeitpunkt vereinbart, so entscheidet im Zweifel der Handelsgebrauch des Ortes der Leistung.

Ist eine Frist von acht Tagen vereinbart, so sind hierunter im Zweifel volle acht Tage zu verstehen.

ADH. Art. 327, 328. **Entw. I** § 330. **Entw. II** § 351.

I. Zeitpunkt der Leistung.
II. Fristsetzung.
III. Achttägige Frist.

I. **Zeitpunkt der Leistung (§ 359 Abs. 1).**

a. **Verhältnis zum BGB.** Das BGB. enthält in BGB. § 271 eine allgemeine und zerstreut, im Zusammenhang mit den Regeln über die einzelnen Schuldverhältnisse, zahlreiche besondere Bestimmungen über den Zeitpunkt, wann eine Leistung gefordert und wann sie bewirkt werden darf. Diese Bestimmungen sind auch bei Handelsgeschäften maßgebend (D. 193). Ebenso (D. 193, § 358 Anm. V) die Auslegungsvorschrift (BGB. § 186) des BGB. § 193, wonach, wenn an einem bestimmten Tag oder innerhalb einer Frist eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken ist, und der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder einen am Erklärungs- oder Leistungsort staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag fällt, an die Stelle des Sonntags oder des Feiertags der nächstfolgende Werktag tritt. Bezüglich der Liquidationstermine bei Börsentermingeschäften ist aus BGB. § 157 abzuleiten, daß, falls Lieferungstermine unter der üblichen Bezeichnung bedungen wurden, diejenigen Zeitpunkte und Fristen maßgebend sind, die herkömmlicherweise von den Börsenbehörden zu diesem Behuf im voraus bekannt gemacht werden (D. 193). Eine dem HGB. § 359 entsprechende Auslegungsvorschrift ist in BGB. nicht enthalten; doch ist wohl anzunehmen, daß auch die Anwendung allgemeiner Regeln auf den Gebrauch gerade des Leistungsorts als den im Zweifel entscheidenden hinweisen würde; der § 359 enthält

mithin keine Abweichung vom BGB., sondern nur eine Ergänzung zu ihm (D. 193). An sich ist der § 359 HGB. nur anwendbar auf Handelsgeschäfte (Überschrift des Buch III, wovon jedoch Ausnahmen in § 345 Anm. III; § 359 Abs. 1: „Handelsgebrauch"); er gilt aber für jedes Geschäft, das auch nur für eine der Parteien Handelsgeschäft ist (§ 345).

b. **Frühjahr, Herbst oder ein in ähnlicher Weise bestimmter Zeitpunkt.** Hierunter ist nicht ausschließlich eine Bestimmung durch Bezugnahme auf Jahreszeiten verstanden, sondern der § 359 Abs. 1 trifft die Bezugnahme auf jede Art von Verhältnissen, die örtlichen Verschiedenheiten unterliegen oder bezüglich derer die Bezugnahme örtlich verschieden gedeutet werden kann. So z. B. (P. 584, Staub Anm. 1) Messezeit, Wiedereröffnung der Schiffahrt, Eisfreiheit, Zufrieren, Schluß der Ernte. Die Bestimmung ist aber darüber hinaus entsprechend auch auszudehnen auf Fälle, in denen gar nicht der Zeitpunkt, sondern eine andersartige nähere Begrenzung des Inhalts der Verpflichtung in Frage steht. Ist z. B. bedungen, die Zahlung solle unter Zugrundlegung der in ausländischer Währung ausgestellten Rechnung im Inland in Reichswährung geleistet werden, so wird für die Umrechnung im Zweifel der am Leistungsort bestehende Kurswert zu grund zu legen sein (vgl. BGB. § 244 Abs. 2).

c. **„Im Zweifel."** Die Vorschrift des § 359 Abs. 1 ist hiernach nur Auslegungsvorschrift.

d. **Handelsgebrauch** vgl. § 346 Anm. II b 4. Ist kein Handelsgebrauch vorhanden, so wird nicht (was Staub Anm. 1 annimmt) auf die kalendermäßigen Fristen zurückgegangen werden dürfen, sondern lediglich auf die vermutliche Absicht der Vertragschließenden.

e. **Leistungsort.** Für die Frage, welches der Leistungsort ist, sind maßgebend BGB. §§ 269 (mit den Ausnahmen der §§ 697, 811 betr. Rückgabe der verwahrten Sache und Vorlegung), 270 (mit der Ausnahme des EGBGB. Art. 92, Pr. AGBGB. Art. 11 betr. Zahlungen aus öffentlichen Kassen):

§ 269. „Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte.

Ist die Verbindlichkeit im Gewerbebetriebe des Schuldners entstanden, so tritt, wenn der Schuldner seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hatte, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes.

Aus dem Umstand allein, daß der Schuldner die Kosten der Versendung übernommen hat, ist nicht zu entnehmen, daß der Ort, nach welchem die Versendung zu erfolgen hat, der Leistungsort sein soll."

§ 270. „Geld hat der Schuldner im Zweifel auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln.

Ist die Forderung im Gewerbebetriebe des Gläubigers entstanden, so tritt, wenn der Gläubiger seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hat, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes.

Erhöhen sich in Folge einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Änderung des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers die Kosten oder die Gefahr der Übermittelung, so hat der Gläubiger im ersteren Falle die Mehrkosten, im letzteren Falle die Gefahr zu tragen.

Die Vorschriften über den Leistungsort bleiben unberührt."

II. **Fristsetzung und -vereinbarung.** Maßgebend sind die Auslegungsvorschriften des BGB. § 187 ff. (oben Anm. I a). Über Fristsetzung bei Vertragsangebot BGB. §§ 148, 149, HGB. § 346 Anm. III d, bei Leistungsverzug Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI, für Ausübung des Rücktrittsrechts Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VIII a, gegenüber dem Käufer bei Wandlung Anhang zu § 377 Anm. III a 5, VIII e. Dasjenige Recht ist im Zweifel anzuwenden, das zur Zeit des Erbittens und des Zugestehens einer Frist gilt, selbst wenn das Rechtsverhältnis, auf das die Fristsetzung sich bezieht, dem früheren Recht unterliegt (RG. 50 254).

III. **Achttägige Frist insbesondere (§ 359 Abs. 2).**

a. **Verhältnis zum BGB.** Das BGB. enthält keine Bestimmung darüber, welche Bedeutung der Abrede einer achttägigen Frist beizulegen ist, sondern überläßt dies lediglich der Vertrags-

auslegung; in Abweichung hiervon ist in HGB. § 359 Abs. 2 im Anschluß an den bisherigen Art. 328 Abs. 1 Nr. 1 ADH. eine ausdrückliche Vorschrift beibehalten worden (D. 201).

b. **„Im Zweifel.“** Vgl. oben Anm. Ic.

§ 360.

Nach Gattung bestimmte Ware.

Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Waare geschuldet, so ist Handelsgut mittlerer Art und Güte zu leisten.

ADH. Art. 335. **Entw. I** § 331. **Entw. II** § 352.

I. **Verhältnis zum BGB.** Das BGB. bestimmt:

§ 243 Abs. 1. „Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten.“

§ 242. „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“

Neben diesen Bestimmungen ist (in Anlehnung an ADH. Art. 335) der § 360 HGB. beibehalten, um „die Ansprüche, die gerade im Handelsverkehr in dieser Beziehung an die Ware zu stellen sind, noch näher zu kennzeichnen“ (D. 201). Hierin liegt eine Ergänzung des BGB., keine Abweichung von demselben (D. 193). Jene nähere Kennzeichnung ist erreicht durch Einschiebung des Begriffs „Handelsgut“ (unten Anm. Va), während die übrigen Abweichungen der Fassung als bedeutungslos zu erachten sind.

II. **Die Vorschrift des § 360 ist vertragergänzend.** In ADH. Art. 335 war dies klar zum Ausdruck gebracht, und in HGB. § 360 sollte nichts Abweichendes bestimmt werden (D. 201). Auch in der Fassung des § 360 ist dies in dem Wort „nur“ zum Ausdruck gekommen. Abweichende oder ergänzende Parteiabreden und Verkehrssitten (§ 346 Anm. Ic) sind daher in erster Reihe maßgebend (Staub Anm. 2, Lehmann Nr. 6). Wer sich auf eine solche beruft, hat sie zu beweisen (Lehmann Nr. 6, Staub Anm. 7, gegen Stölzel). Über die Klausel tel quel vgl. § 346 Anm. IIIb 2.

III. **Der § 360 ist anwendbar bei allen Handelsgeschäften** (Überschrift des Buch III, wovon jedoch Ausnahmen in § 345 Anm. III; § 360: „Handelsgut“), und zwar für beide Teile, auch wenn das Geschäft nur für einen Teil Handelsgeschäft ist (§ 345).

IV. **Geschuldetsein einer der Gattung nach bestimmten Ware.**

a. **Geschuldet.** Worauf das Schuldverhältnis beruht, ist nicht beschränkend bestimmt; die Vorschrift ist daher nicht allein auf die vertraglich bedungene Leistung beschränkt, sondern z. B. auch auf eine als Schadensersatz geschuldete Ersatzleistung zu beziehen.

b. **Der Gattung nach bestimmt.** Der § 360 ist ausdehnend auch entsprechend anzuwenden auf Fälle von Sonderkauf, wenn nämlich über die Güte oder Art der verkauften einzelnen Sache nicht durch Besichtigung oder Abrede genügend klare Bestimmung getroffen worden ist (Staub Anm. 5). Der Art. 335 ADH. enthielt nach seiner Fassung keine ausdrückliche Einschränkung auf den Fall des Gattungskaufs; er wurde für unmittelbar auch auf den Fall des Sonderkaufs anwendbar erachtet (P. 4581, ROH. **4** 36, **25** 235, vgl. jedoch **5** 322); zwar keine unmittelbare, aber eine entsprechende Anwendbarkeit des Art. 335 ADH. wurde angenommen bei Kauf einer größeren Menge Samen aus der künftigen Ernte eines bestimmten Jahrs, die der Verkäufer aus Ursaat bestimmten Herkommens auf seinem Gut erzielen werde (RG. **13** 23). Der § 360 ist anwendbar z. B. bei dem Kauf eines nach der Menge bezeichneten Teils aus einer bestimmten einzelnen Warenpartie (OLG. Hamburg 3 I 88 ZHR. **38** 194); denn in diesem Fall liegt Gattungskauf aus eng bestimmter Gattung vor (vgl. Düringer-Hachenburg Anm. II). Der § 360 ist anwendbar auch bei Kauf zur Probe, d. h. unbedingtem Kauf unter Hinzufügung des Beweggrundes (Bolze **9** Nr. 388). Dagegen nicht bei Kauf nach Probe (OLG. Hamburg 3 X 04 OLGRspr. **10** 172) bezüglich derjenigen Eigenschaften der Ware, bezüglich deren die Probe maßgebend sein sollte.

c. **Ware.** Vgl. § 1 Anm. IX d, § 373 Anm. Ib. Der § 360 ist ausdehnend auch auf Wert-

papiere entsprechend anzuwenden (im Ergebnis ebenso Düringer-Hachenburg Anm. III 2, Staub Anm. 1, Lehmann Nr. 2). In der Regel wird bei Wertpapieren allerdings nur in Frage stehen, ob sie Handelsgut sind; ist die Gattung genügend weit bestimmt, so kann aber unter Umständen auch streitig werden, ob die gelieferten Papiere mittlerer Art und Güte sind. Über Lieferung nicht vertragsmäßiger Wertpapiere vgl. § 377 Anm. IVc 1. — Auf Dienste ist § 360 nicht anwendbar (Staub Anm. 1).

V. **Handelsgut mittlerer Art und Güte.**

a. **Handelsgut** sind Sachen von einer Beschaffenheit, daß sie geeignet sind, Gegenstand des Handels zu sein. Durch Gebrauch des Wortes Handelsgut sollte ausgedrückt werden, daß nicht eine „Ware der zu liefernden Art überhaupt und im allgemeinen" genüge, sondern nur „eine solche, wie sie im redlichen Handelsverkehr gang und gäbe ist, wobei Verpackung und anderes eine nicht unwichtige Rolle spielen" (KB. 115). Kein Handelsgut sind z. B. nicht vergerbbare Häute (ROH. 10 351), nicht schließende Schlösser (RG. 5 XI 00 JW. 856[13]); den gesundheitspolizeilichen Vorschriften nicht entsprechende Waren (Düringer-Hachenburg Anm. IV), unter Umständen auch betrügerisch gepackte Waren (RG. 47 144).

b. **Mittlerer Art und Güte.** Entscheidend ist die Anschauung, die zur Zeit des Vertragsschlusses bei denjenigen Personen besteht, die am Verkehr mit Waren der betreffenden Gattung beteiligt sind (Bolze 16 Nr. 246, 415); im Zweifel die am Erfüllungsort herrschende Anschauung. Der zur Leistung Verpflichtete hat im Bestreitungsfall zu beweisen, daß er eine Ware mittlerer Art und Güte geliefert habe (ROH. 24 234, RG. 5 29; näheres Anhang zu § 377 Anm XIIb). Die Vorschrift des § 360 kann überhaupt nur in Frage kommen, wenn feststeht, daß die bedungene Gattung geleistet ist (ROH. 15 415). Verschiedene Gattungen sind aber nach der im Handelsverkehr herrschenden Anschauung unter Umständen manche erheblich verschiedene Sorten einer mit einem Namen benannten Ware, z. B. mehrere Sorten Kaffee (P. 4582). Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft als solcher hat nicht die Folge, daß die Ware hierdurch auch aufhört, Handelsgut mittlerer Art und Güte zu sein (RG. 47 135). Handelt es sich um billige Massenartikel, so darf zwar nicht tadellose Lieferung jedes einzelnen Stücks verlangt werden; aber Ware, die so mangelhaft ist, daß sie überhaupt nicht mehr Handelsgut ist, braucht dennoch nicht abgenommen zu werden (RG 5 XI 00 JW. 856[13]).

§ 361.

Maß, Gewicht, Währung, Zeit, Entfernung.

Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung und Entfernungen, die an dem Orte gelten, wo der Vertrag erfüllt werden soll, sind im Zweifel als die vertragsmäßigen zu betrachten.

ADH. Art. 336 Abs. 1. **Entw. I** § 332. **Entw. II** § 353.

I. **Verhältnis zum BGB.** Eine dem HGB. § 361 entsprechende (hier aus ADH. Art. 336 Abs. 1 übernommene) Auslegungsregel ist im BGB. nicht enthalten; doch ist wohl anzunehmen, daß auch die Anwendung allgemeiner Regeln auf den Leistungsort als den für Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung und Entfernungen im Zweifel entscheidenden hinweisen würde; der § 361 enthält mithin keine Abweichung vom BGB., sondern nur eine Ergänzung zu demselben (D. 193, 201). — Der § 361 ist anwendbar nur auf Handelsgeschäfte (Überschrift des Buch III, wovon jedoch Ausnahmen in § 345 Anm. III); er gilt gegenüber beiden Parteien auch bei einem Geschäft, das nur für eine der beiden Parteien Handesgeschäft ist (§ 345). — Inwieweit § 361 (und die §§ 244, 245 BGB.) auch auf im Ausland zu bewirkende Leistungen Anwendung finden, entscheidet sich nach den Regeln des internationalen Privatrechts (vgl. D. 201).

II. **Die Vorschrift des § 361 ist Auslegungsvorschrift** („im Zweifel"). Eine gegenteilige Parteiabrede oder Verkehrssitte (§ 346 Anm. Ic) ist daher in erster Reihe maßgebend.

III. **Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung und Entfernungen.**

Diese Begriffe schließen einander nicht aus, decken sich vielmehr zum Teil. — Bei einem in Rußland zu erfüllenden Vertrag ist z. B. im Zweifel der bedungene Zeitpunkt nach altem

Kalender zu berechnen (P. 592; vgl. ROH. 15 243). Ist bedungen, daß eine Schuld nach Wahl des Gläubigers an einem von mehreren Erfüllungsorten zu leisten ist, und ist für jeden dieser Erfüllungsorte der Schuldbetrag in der bei Vertragsabschluß dort geltenden Währung bestimmt, so ist, wenn an einem dieser Erfüllungsorte demnächst die Währung geändert wird, die Zahlung dort künftig so zu leisten, wie nach dem für diesen Erfüllungsort maßgebenden Gesetz eine nach alter Währung geschuldete Leistung dort geleistet werden muß (ROH. 23 208, 25 46, RG. 1 23, 6 126); die Verpflichtung gegen Zinsscheine Zinsen in verschiedenen Währungen nach Wahl des Gläubigers zu leisten, wird aufgehoben durch vorbehaltlosen Eintausch neuer Zinsscheine, in denen nur **eine** Währung genannt ist, gegen den Erneuerungsschein (RG. 14 155). Aus § 361 kann keine Entscheidung darüber abgeleitet werden, ob bei einer im Inland in ausländischer Währung zu leistenden Schuld die ausländische Metallwährung oder die ausländische, Zwangskurs habende Papierwährung zu grund zu legen ist für die Berechnung des zu leistenden Betrags; hierfür ist vielmehr der ohne Rücksicht auf § 361 zu ermittelnde Parteiwille entscheidend (ROH. 6 92). Ebensowenig ist § 361 entsprechend anwendbar auch auf die Frage, welche Warenart als lieferbar anzusehen ist, oder auf sonstige am Erfüllungsort bestehende Geschäftsauffassungen (ROH. 2 321).

Der § 361 läßt unberührt (D. 201) die §§ 244, 245 BGB.

§ 244. „Ist eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inlande zu zahlen, so kann die Zahlung in Reichswährung erfolgen, es sei denn, daß Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen ist.

Die Umrechnung erfolgt nach dem Kurswerte, der zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort maßgebend ist."

§ 245. „Ist eine Geldschuld in einer bestimmten Münzsorte zu zahlen, die sich zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlaufe befindet, so ist die Zahlung so zu leisten, wie wenn die Münzsorte nicht bestimmt wäre."

Ist bedungen, daß die ins Ausland zu übermittelnde Zahlung in ausländischer Währung erfolgen soll, so hat auch der inländische Richter auf Zahlung in ausländischer Währung zu erkennen (ROH. 15 330).

IV. **Erfüllungsort.** Vgl. § 359 Anm. Ie.

VII. Beantwortungs- und Schadenverhütungspflicht (§ 362).

§ 362.

Geht einem Kaufmanne, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für Andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von Jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. Das Gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von Jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat.

Auch wenn der Kaufmann den Antrag ablehnt, hat er die mitgesendeten Waaren auf Kosten des Antragstellers, soweit er für diese Kosten gedeckt ist und soweit es ohne Nachtheil für ihn geschehen kann, einstweilen vor Schaden zu bewahren.

ADH. Art. 323. **Entw. I** § 333. **Entw. II** § 354.

I. **Verhältnis zum BGB.**

a. **Beantwortungspflicht** (§ 362 Abs. 1). Das BGB. bestimmt:

§ 663. „Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, ist, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, verpflichtet, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. Das Gleiche gilt, wenn sich jemand dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat."

§ 675. „Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, finden die Vorschriften der §§ 663 . . . . . . entsprechende Anwendung."

Hiernach unterscheidet sich das BGB. vom HGB. in folgenden Beziehungen:

1. Bezüglich der Voraussetzungen. Das BGB. setzt voraus, daß der Antragsempfänger zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat oder mit dem Auftraggeber einen Dienst- oder Werkvertrag geschlossen hat, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat; das HGB. dagegen setzt voraus, daß der Antragsempfänger in Geschäftsverbindung mit dem Antragenden steht (unten Anm. II c 2 β) und der Gewerbebetrieb des Antragempfängers die Besorgung solcher Geschäfte für andere mit sich bringt (unten Anm. II c 2 α), oder daß der Antragsempfänger sich gegenüber dem Antragenden (unten Anm. II c 3) zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat, und daß ferner in beiden Fällen der Antragsempfänger Kaufmann ist. Hiernach ziehen das BGB. und das HGB. jedes für sich einen besonderen Kreis, aber so, daß die von beiden Gesetzbüchern umkreisten Gebiete sich teilweise überdecken, ein Teil der Einzelfälle mithin in beide Kreise fällt.
2. Bezüglich der Folgen der Nichtbeantwortung. In den vom BGB. beherrschten Fällen tritt als Folge der Nichtbeantwortung, falls in der Nichtbeantwortung eine Ablehnung liegt (hierüber vgl. BGB. § 151), Schadensersatzpflicht ein (D. 202, Planck[a] § 663 Anm. 4); in den vom HGB. beherrschten Fällen gilt dagegen Nichtbeantwortung als Annahme des Antrags (unten Anm. IV).
3. Nur eine Fassungsverschiedenheit besteht bezüglich des Inhalts der Beantwortungspflicht. Das BGB. bestimmt nur, daß im Fall der Ablehnung diese unverzüglich anzuzeigen ist; die Fassung des HGB., wonach es scheinen könnte, daß in jedem Fall unverzüglich zu antworten sei, ist die ungenauere, soll aber nach dem Zusammenhang nichts anderes besagen als die Fassung des BGB.

Liegen in einem Einzelfall sowohl die Voraussetzungen des BGB. wie des HGB. vor, so ist nur § 362 HGB. als die in erster Reihe maßgebende Sonderbestimmung anzuwenden (EGHGB. Art. 2 Abs. 1; ebenso Staub Anm. 21). So z. B., wenn ein Kaufmann sich zur Besorgung solcher Geschäfte sowohl öffentlich wie auch besonders gegenüber dem Antragenden erboten hatte, oder wenn sein Gewerbebetrieb die Besorgung solcher Geschäfte für andere mit sich bringt und er gleichzeitig hierfür auch öffentlich bestellt ist. Sowohl bezüglich dieser Fälle, wie auch bezüglich der Fälle, in denen nur die Voraussetzungen des HGB. vorliegen — da bezüglich letzterer eine Beantwortungspflicht nach BGB. überhaupt nicht besteht — enthält mithin § 362 Abs. 1 HGB. eine Abweichung von BGB., keine bloße Ergänzung (dagegen D. 193). Liegen nur die Voraussetzungen des BGB. vor, so bewendet es selbstverständlich bei dem Grundsatz des letzteren, daß nur Schadensersatzpflicht eintritt; so z. B. wenn der Antragsempfänger sich nur öffentlich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat, ohne daß sein Gewerbebetrieb diese Besorgung mit sich bringt (D. 202).

b. **Schadenabwendungspflicht** (§ 362 Abs. 2). Das BGB. enthält keine dem HGB. § 362 Abs. 2 entsprechende Bestimmung; nur werden unter Umständen eingreifen BGB. §§ 226, 826:

§ 226. „Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen."

§ 826. „Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet."

Auch § 362 Abs. 2 enthält mithin eine Abweichung vom BGB., keine bloße Ergänzung (dagegen D. 193).

II. **Gemeinsame Voraussetzungen der Beantwortungs- und der Schadenabwendungspflicht nach § 362.** Über die hinzukommenden besonderen Voraussetzungen der Schadenabwendungspflicht vgl. unten Anm. V d.

a. **Zugehen eines Antrags über Besorgung gewisser Geschäfte für andere.**

1. Zugehen. Dieser Begriff ist auch in BGB. § 130 als bekannt vorausgesetzt. Näheres über diesen Begriff vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI d 2. Auch in § 362 ist stillschweigend — wie in BGB. § 130 ausdrücklich — eine unter Abwesenden erfolgende Erklärung vorausgesetzt (Lehmann Vorbem. zu § 362, Düringer-Hachenburg Anm. II 3). Die Antragserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Auf sie sind daher die §§ 130, 131, 132 Abs. 1 BGB. anwendbar; nicht aber § 132 Abs. 2 BGB., bei dem nur an Fälle gedacht ist, in denen der Erklärende sich in einer Zwangslage befindet.

2. Antrag. Nach D. 202 ist dies Wort gewählt, um den in BGB. § 663 gebrauchten Ausdruck „Auftrag" zu vermeiden, der sich im BGB. ausschließlich auf die unentgeltliche Besorgung von Geschäften bezieht. Im Anschluß an den Sprachgebrauch des BGB. ist in HGB. § 362 unter Antrag nur ein Vertragsantrag zu verstehen, nicht auch jede sonstige Aufforderung.

3. Besorgung von Geschäften für andere.

Für die Auslegung des BGB. ist streitig, was dort unter „Geschäftsbesorgung" verstanden ist. Im Anschluß an den Begriff, den Staub aus dem Gebrauch des Worts „Geschäftsbesorgung" in BGB. § 675 ableitet, will er auch in HGB. § 362 die Worte „Besorgung von Geschäften" einschränkend dahin auslegen, daß hierunter nur die Besorgung eines Rechtsgeschäfts für Rechnung eines anderen, sei es im Namen des anderen oder in eigenem Namen, zu verstehen sei (Staub Anm. 2—4). Diese Ausführung erscheint nicht schlüssig. Zweifelhaft ist bereits, ob der beschränkte Begriff der „Geschäftsbesorgung", der aus BGB. § 675 mit Recht von Staub abgeleitet wird, auch für die übrigen Stellen des BGB., an denen von „Besorgung von Geschäften" oder „Geschäfte besorgen" die Rede ist (vgl. z. B. BGB. § 831 Abs. 2 verglichen mit Abs. 1), zu grund gelegt werden darf. So deuten BGB. §§ 663, 677 eher darauf hin, daß in ihnen jene Beschränkung nicht gewollt ist, da sonst im BGB. Vorschriften über die Beauftragung zu nichtrechtsgeschäftlichen Geschäften und über auftragslose Besorgung solcher Geschäfte ganz fehlen würden (vgl. § 354 Anm. III a 2). Die Fassung des HGB. § 362 lehnt sich eher an BGB. § 663 als an BGB. § 675 an. Überhaupt aber ist die Fassung des HGB. an sehr vielen Stellen nicht in so genaue Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauch des BGB. gebracht, daß die Bedeutung, die ein Wort im BGB. hat, notwendig auch für dessen Bedeutung im HGB. maßgebend wäre. Nach D. 202 sollte § 362 Abs. 1 die Bedeutung haben, daß durch diese Bestimmung die Vorschrift des bisherigen Art. 323 Abs. 1 ADH. beibehalten würde, welche lautete:

> „Wenn zwischen dem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, oder sich derselbe gegen letzteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, so ist er zu einer Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Übernahme des Auftrags gilt."

Aus letzterer Bestimmung ist aber eine Beschränkung auf Rechtsgeschäfte nicht ableitbar. Da auch kein sachlicher Grund für Beschränkung des § 362 auf Besorgung von Rechtsgeschäften erkennbar ist, so ist im Gegensatz zu Staub eine derartige beschränkende Auslegung nicht für zutreffend zu erachten (ebenso Lehmann Nr. 4, Düringer-Hachenburg Anm. II 1, Goldmann Nr. 4). Zwar muß der Antrag stets auf Abschluß eines Rechtsgeschäfts zwischen Antragendem und Antragsempfänger gerichtet sein (oben zu 2), aber Inhalt des zwischen beiden abzuschließenden Rechtsgeschäfts braucht nicht zu sein, daß der Antragsempfänger ein Rechtsgeschäft für den Antragenden besorge.

Nicht unter § 362 fallen Anträge auf Abschluß von Verträgen, die keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben (ROH. 7 338). So z. B. nicht Anträge auf Abschluß

eines Kaufs zwischen Antragendem und Antragsempfänger (ROH. 5 170, LG. Chemnitz 13 VII 89 JHR. 40 496), insbesondere nicht z. B. der an den Kommissionär gerichtete Antrag des Kommittenten auf Kauf des Restes der Kommissionsware (Bolze 3 Nr. 698). Ebenso auch nicht Anträge, die nicht die Besorgung einzelner Geschäfte, sondern dauernde Übernahme einer Geschäftsbesorgungspflicht zum Gegenstand haben, z. B. nicht Anträge auf Abschluß eines Dienst- oder Agenturvertrags (Düringer-Hachenburg Anm. II 1). Für die Bedeutung des Schweigens in derartigen Fällen ist § 346 maßgebend (vgl. § 346 Anm. III a). Eine Schadenabwendungspflicht bezüglich mitgesendeter Waren aber wird in den durch § 362 Abs. 2 vorgezeichneten Grenzen auch in solchen Fällen bei bestehender Geschäftsverbindung oder früherem Erbieten anzuerkennen sein, da in der Vorschrift des § 362 nur die für einen Sonderfall erfolgte Anerkennung eines allgemeineren Grundsatzes erblickt werden muß (vgl. auch § 379 Anm. I a 1).

b. **Kaufmannseigenschaft des Antragsempfängers.** Vgl. § 1 Anm. IV, § 343 Anm. II b. Der Abs. 1 Satz 1 bezieht sich (gemäß einer von der Reichstagskommission eingefügten Einschränkung, KB. 115) nur auf diejenigen Arten von Kaufleuten, deren Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt (z. B. Agenten, Kommissionäre, Makler, Spediteure, KB. 116), der Abs. 1 Satz 2 auf alle Arten von Kaufleuten. Unerheblich ist, ob auch der Antragende Kaufmann ist („jemand"); der § 362 findet auch dann Anwendung, wenn das zwischen dem Antragenden und Antragsempfänger abzuschließende Rechtsgeschäft nur einseitiges Handelsgeschäft (§ 345), und sogar — was im Fall des § 362 Abs. 1 Satz 2 vorkommen kann —, wenn es für keinen von beiden Teilen Handelsgeschäft ist (§ 345 Anm. III). Noch weniger braucht das zu besorgende Geschäft ein Handelsgeschäft zu sein.

c. **Gegenstand der angetragenen Besorgung.**

1. Ein Geschäft für andere. Vgl. oben Anm. II a 3.
2. **Entweder** ein solches, wie es der Gewerbebetrieb des Antragsempfängers mit sich bringt, und Bestehen einer Geschäftsverbindung zwischen diesem und dem Antragenden (§ 362 Abs. 1 Satz 1).

α. Wie der Gewerbebetrieb des Antragsempfängers es mit sich bringt. Nach D. 202 ist „zur Verhütung von Zweifeln hervorgehoben, daß eine bestehende Geschäftsverbindung den Kaufmann zur unverzüglichen Antwort bloß dann verpflichtet, wenn der Antrag die Besorgung von Geschäften betrifft, wie sie das Handelsgewerbe des Kaufmanns mit sich bringt." Der § 362 Abs. 1 Satz 1 ist hiernach dahin auszulegen, daß die Worte „solcher Geschäfte" nicht — was die Fassung nahelegt — auf „Geschäfte beliebiger Art für andere" zurückverweisen soll, sondern auf „derartige Geschäfte für andere, wie sie der betreffende Gewerbebetrieb des Antragsempfängers mit sich bringt". Nicht genügt, daß der betreffende Gewerbebetrieb derartige Geschäfte überhaupt mit sich bringt, sondern er muß mit sich bringen, daß für andere derartige Geschäfte ausgeführt werden. — Daß der „Gewerbebetrieb" des Kaufmanns ein Handelsgewerbe ist (was D. 202 a. a. O. voraussetzt), wird bei Zugrundlegung der diesseits vertretenen Bestimmung des Begriffs der Zugehörigkeit zum Handelsgewerbebetrieb (§ 343 Anm. II c 3) wohl in allen Fällen zutreffen; anders, wenn man z. B. an den Fall denkt, daß ein Kaufmann neben seinem Ein- und Verkaufsgeschäft gewerbsmäßige Heiratsvermittlung betreibt und die Ansicht des Reichsgerichts (§ 343 Anm. II c 3) zu grund legen würde, daß Heiratsvermittlungsgeschäfte niemals Handelsgeschäfte sein können. — „Mit sich bringt" vgl. § 49 Anm. II d, § 54 Anm. II a 3, § 116 Anm. II f.

β. Geschäftsverbindung (vgl. § 343 Anm. II a) zwischen Antragendem und Antragsempfänger. Nicht genügt, daß früher einmal gelegentlich ein einzelnes Geschäft abgeschlossen wurde (Lehmann Nr. 6). Keine Geschäftsverbindung wurde als dargetan erachtet in einem Fall, in dem A dem B ein Los für fünf Klassen verkauft hatte, demnächst statt eines irrtümlich gesandten nicht gekauften Loses das richtige zum Umtausch sandte und auf die eigenmächtige Antwort des B, daß er beide Lose behalten

werde, schwieg (RG. 28 322). Unerheblich ist, ob Gegenstand der früheren Geschäftsverbindung Geschäfte der gleichen Art waren (Staub Anm. 9, Lehmann Nr. 6).

3. **Oder** ein solches, zu dessen Besorgung der Antragsempfänger gegenüber dem Antragenden sich erboten hat (§ 362 Abs. 1 Satz 2). Ein Erbieten gegenüber dem Antragenden liegt z. B. auch in einem Erbieten durch Zusendung eines Rundschreibens; auch in einer durch Rundschreiben erfolgenden Mitteilung der Geschäftseröffnung unter Angabe des Geschäftszweigs (Hahn Art. 323 § 3). Hat der Antragsempfänger sich nicht gegenüber dem Antragenden, sondern nur öffentlich zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten, so bewendet es bei den Vorschriften des BGB. (D. 202, oben Anm. I a). So z. B. bei Erbieten durch Einrückung in öffentliche Blätter, Aufschriften am Firmenschild oder im Schaufenster. Der Fall des § 362 liegt selbst dann vor, wenn geraume Zeit seit dem Erbieten verflossen ist, es sei denn, daß das Erbieten inzwischen zurückgenommen oder von Anfang an ausdrücklich oder in einer dem anderen erkennbaren Weise stillschweigend als nur für bestimmte Frist fortgeltend erfolgt war.

III. **Inhalt der Beantwortungspflicht** ist nur die Pflicht, im Fall der gewollten Ablehnung zu antworten (oben Anm. I a 3). Eine Ablehnung liegt auch in einer Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen (BGB. § 150 Abs. 2). Wird nach erfolgter bestimmter Ablehnung die Bitte um Annahme des Antrags wiederholt, so besteht keine Verpflichtung zu nochmaliger Ablehnung (ROH. 5 171). Die Ablehnungserklärung ist „unverzüglich", d. h. ohne schuldhaftes Zögern (BGB. § 121), abzugeben; sie kann daher — falls kein Verschulden vorliegt — unter Umständen noch zu einem späteren Zeitpunkt abgegeben werden, als BGB. § 147 bezüglich der Annahmeerklärung für die Fälle, in denen diese notwendig, bestimmt. — Aus der Fassung, daß der Antragsempfänger verpflichtet ist, unverzüglich zu „antworten", wird man schließen können, daß er nicht die Gefahr dafür trägt, daß etwa ohne sein Verschulden die Antwort verspätet oder garnicht bei dem Antragenden eingeht (ebenso Staub Anm. 13, Lehmann Nr. 9, Düringer-Hachenburg Anm. II 3). — Die Ablehnung, falls sie unverzüglich erfolgt, ist nach § 362 stets wirksam. Unberührt dagegen durch § 362 ist die Frage, ob etwa nach dem im Einzelfall zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis eine Verpflichtung des Antragsempfängers zur Annahme des Antrags bestand, und ob demgemäß infolge der Ablehnung Schadensersatzpflicht eintritt. Eine solche Verpflichtung besteht — abgesehen von Vertragsabreden dieses Inhalts — gesetzlich nur in den besonders bestimmten Fällen; so namentlich im Fall des § 453 Abs. 2, VerkO. § 6 (Frachtvertrag und Personenbeförderungsvertrag bei Eisenbahnen). In anderen Fällen eines tatsächlichen Alleinhandels besteht grundsätzlich kein Abschlußzwang und auch keine Verpflichtung zu gleicher Behandlung aller Vertragsgegner (RG. 17 VI 04 JW. 453[9]); indessen können Umstände vorliegen, unter denen in dem Gebrauch des an sich vorhandenen Rechts der Ablehnung des Abschlusses ein zum Schadensersatz verpflichtender Verstoß gegen die guten Sitten zu finden ist (RG. 48 123). In welchen Fällen der Bankier verpflichtet ist, die Aufträge einer anderen Person, mit der er in dauernder Geschäftsverbindung steht, auszuführen, vgl. § 383 Anm. XI a.

IV. **Folge der Nichtablehnung** ist, daß der Antrag als angenommen gilt. Gebunden ist daher sowohl der Antragsempfänger wie auch der Antragende (Düringer-Hachenburg Anm. V, Staub Anm. 15).

V. **Folge der Ablehnung: Schadenabwendungspflicht bezüglich mitgesandter Waren (§ 362 Abs. 2).** Über Aufbewahrungspflicht bei Beanstandung gekaufter Ware bestimmt § 379.

a. **„Auch** wenn." Trotz des Worts „auch" gibt § 362 Abs. 2 eine Vorschrift nur für den Fall der Ablehnung des Antrags. Für den Fall der Annahme ist nicht aus § 362, sondern aus den Vorschriften über das durch die Annahme zu stande gekommene Rechtsgeschäft zwischen Antragendem und Antragsempfänger zu entnehmen, ob der Antragsempfänger die Waren überhaupt, ob er sie nur einstweilen, und ob er sie nur unter den in § 362 Abs. 2 genannten Bedingungen vor Schaden zu bewahren verpflichtet ist.

b. **„Der Kaufmann."** Das Wort „der" verweist zurück auf die in § 362 Abs. 1 aufgestellten Voraussetzungen der Beantwortungspflicht (oben Anm. II a, c). Nur wenn diese vorliegen, besteht auch die Schadenabwendungspflicht des Abs. 2.

c. „**Mitgesendete** Waren." Hierunter sind diejenigen zu verstehen, die aus Anlaß des Antrags abgesandt sind, bevor die Ablehnung den Antragenden erreichte, auch wenn sie nicht ganz gleichzeitig mit dem Antrag abgesandt oder angelangt sind; ebenso die aus Anlaß des Antrags zur Verfügung des Antragsempfängers belassenen Waren. — Die für den Fall der Übersendung von Waren gegebene Vorschrift ist entsprechend auszudehnen auf andere Fälle eines möglichen Schadens, der dadurch veranlaßt würde, daß der Antragende auf die Annahme des Antrags vertraute (P. 4579, Staub Anm. 17; dagegen Lehmann Nr. 12).

d. **Besondere Voraussetzungen der Schadenabwendungspflicht** sind außer den (oben Anm. II) mit der Beantwortungspflicht gemeinsamen:

1. Deckung für die Kosten. Zu den Kosten gehören auch die im Fall des § 354 zu beanspruchenden Beträge an eigener Provision und Lagergeld. Ein Zurückbehaltungsrecht (BGB. § 273, HGB. §§ 369 ff.) bietet eine Deckung nur in denjenigen Fällen (§ 369 Anm. I c 5), in denen es im Konkurs bestehen bleibt; da dies jedoch in der Regel der Fall sein wird (KO. § 49 Nr. 3, 4), so wird in der Regel genügen, daß der Empfänger zwar nicht in bar, aber durch den Wert der Ware gedeckt ist (vgl. P. 582). — Über die Frage, ob in solchen Fällen ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht besteht, vgl. § 369 Anm. VII d 3 δ.
2. Unnachteiligkeit für den Antragsempfänger. Der Fall der Nachteiligkeit ist nicht schon dann gegeben, wenn das infolge Unterlassens der Schadenabwendung eintretende Verderben der Ware dem Antragsempfänger Vorteil bringen würde, z. B. durch Ausschließung des Wettbewerbs jener fremden mit seiner eigenen Ware.

e. **Inhalt der Schadenabwendungspflicht.**

1. Bewahren vor Schaden. Die Regel des BGB. § 252, daß ein zu ersetzender Schaden auch den entgangenen Gewinn umfaßt, kann bei Auslegung des HGB. § 362 Abs. 2, der nur von Bewahren vor Schaden handelt, nicht herangezogen werden. Der § 362 Abs. 2 enthält daher nicht die Vorschrift, daß der Antragsempfänger auch dafür sorgen solle, daß dem Antragenden der Gewinn nicht entgehe, den er aus den mitgesandten Waren bei Besorgung des angetragenen Geschäfts zu ziehen beabsichtigte. „Schaden" schließt in § 362 den entgangenen Gewinn nicht ein. — Soweit jedoch im Einzelfall auf Grund besonderen Rechtsverhältnisses als Folge der Ablehnung Schadensersatzpflicht eintritt (vgl. oben Anm. III), besteht auch (BGB. §§ 249, 252) die Pflicht zur Verhütung des Entgehens von Gewinn. — Das „Bewahren" kann in verschiedenster Weise erfolgen, z. B. durch eigene Verwahrung oder durch Einlagerung an anderem sicheren Ort, sei es in einem öffentlichen Lagerhaus oder bei einem sonstigen Dritten. Zu diesen Maßnahmen bedarf es keiner gerichtlichen Verfügung (D. 202). Eine Verpflichtung zur Versicherung der Waren gegen Feuersgefahr besteht nicht; doch kann im Versichern nützliche Geschäftsführung liegen (ROH. 7 360). — Die mitgesandten Waren, nicht deren Eigentümer, sollen vor Schaden bewahrt werden; die durch § 362 Abs. 2 auferlegte Pflicht (über weitergehende Pflichten auf Grund besonderen Rechtsverhältnisses vgl. oben Anm. III) geht daher nicht soweit, daß bei drohendem Verderb oder drohender Verschlechterung der Marktlage der Antragsempfänger die Waren verkaufen muß. Doch darf er dies tun (BGB. §§ 677 ff.); auch ohne gerichtliche Ermächtigung (a. M. Staub Anm. 18).
2. Einstweilen. Die Pflicht des § 362 Abs. 2 dauert nur so lange, bis der Antragende nach erhaltener Ablehnungserklärung in der Lage war, seinerseits endgültige Verfügung zu treffen. Stellt statt dessen der Antragende einen neuen Antrag, so tritt, falls auch bezüglich dieses Antrags die Beantwortungspflicht des Abs. 1 besteht (oben Anm. V b), bezüglich der noch lagernden Waren (oben Anm. V c) von neuem die Pflicht zur einstweiligen Bewahrung vor Schaden ein.
3. Auf Kosten des Antragstellers. Zu diesen Kosten gehören auch die etwa gemäß 354 geschuldeten Beträge an Provision und Lagergeld.

VIII. Indossament (§§ 363—365).

§ 363.

Indossierbare Orderpapiere.

Anweisungen, die auf einen Kaufmann über die Leistung von Geld, Werthpapieren oder anderen vertretbaren Sachen ausgestellt sind, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, können durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Order lauten. Dasselbe gilt von Verpflichtungsscheinen, die von einem Kaufmann über Gegenstände der bezeichneten Art an Order ausgestellt sind, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist.

Ferner können Konnossemente der Seeschiffer, Ladescheine der Frachtführer, Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten sowie Bodmereibriefe und Transportversicherungspolizen durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Order lauten.

ADH. Art. 301, 302. **Entw. I** § 335. **Entw. II** § 355.

I. **Verhältnis zum BGB.** Der § 363 HGB. bestimmt für den Sonderfall einer kaufmännischen Anweisung zusätzlich eine besondere Übertragungsform neben der nach BGB. § 792 zulässigen schriftlichen, mit Aushändigung der Urkunde verbundenen Übertragung; für die übrigen in § 363 HGB. aufgeführten verbrieften Forderungen bestimmt er in gleicher Weise zusätzlich eine besondere Übertragungsform neben der nach BGB. § 398 allgemein zulässigen formlosen Übertragung (unten Anm. VII d 3).

II. **Kaufmännischer Anweisungsschein.**

a. **Die Bestimmungen des BGB. über Anweisungen** lauten:

§ 783. „Händigt jemand eine Urkunde, in der er einen anderen anweist, Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen an einen Dritten zu leisten, dem Dritten aus, so ist dieser ermächtigt, die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben; der Angewiesene ist ermächtigt, für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu leisten."

§ 784. „Nimmt der Angewiesene die Anweisung an, so ist er dem Anweisungsempfänger gegenüber zur Leistung verpflichtet; er kann ihm nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Giltigkeit der Annahme betreffen oder sich aus dem Inhalte der Anweisung oder dem Inhalte der Annahme ergeben oder dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen.

Die Annahme erfolgt durch einen schriftlichen Vermerk auf der Anweisung. Ist der Vermerk auf die Anweisung vor der Aushändigung an den Anweisungsempfänger gesetzt worden, so wird die Annahme diesem gegenüber erst mit der Aushändigung wirksam."

§ 785. „Der Angewiesene ist nur gegen Aushändigung der Anweisung zur Leistung verpflichtet."

§ 786. „Der Anspruch des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen aus der Annahme verjährt in drei Jahren."

§ 787. „Im Falle einer Anweisung auf Schuld wird der Angewiesene durch die Leistung in deren Höhe von der Schuld befreit.

Zur Annahme der Anweisung oder zur Leistung an den Anweisungsempfänger ist der Angewiesene dem Anweisenden gegenüber nicht schon deshalb verpflichtet, weil er Schuldner des Anweisenden ist."

§ 788. „Erteilt der Anweisende die Anweisung zu dem Zwecke, um seinerseits eine Leistung an den Anweisungsempfänger zu bewirken, so wird die Leistung, auch wenn der Angewiesene die Anweisung annimmt, erst mit der Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger bewirkt."

§ 789. „Verweigert der Angewiesene vor dem Eintritte der Leistungszeit die Annahme der Anweisung oder verweigert er die Leistung, so hat der Anweisungsempfänger dem Anweisenden unverzüglich Anzeige zu machen. Das Gleiche gilt, wenn der Anweisungsempfänger die Anweisung nicht geltend machen kann oder will."

§ 790. „Der Anweisende kann die Anweisung dem Angewiesenen gegenüber widerrufen, solange nicht der Angewiesene sie dem Anweisungsempfänger gegenüber angenommen oder die Leistung bewirkt hat. Dies gilt auch dann, wenn der Anweisende durch den Widerruf einer ihm gegen den Anweisungsempfänger obliegenden Verpflichtung zuwiderhandelt."

§ 791. „Die Anweisung erlischt nicht durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines der Beteiligten."

§ 792. „Der Anweisungsempfänger kann die Anweisung durch Vertrag mit einem Dritten auf diesen übertragen, auch wenn sie noch nicht angenommen worden ist. Die Übertragungserklärung bedarf der schriftlichen Form. Zur Übertragung ist die Aushändigung der Anweisung an den Dritten erforderlich.

Der Anweisende kann die Übertragung ausschließen. Die Ausschließung ist dem Angewiesenen gegenüber nur wirksam, wenn sie aus der Anweisung zu entnehmen ist oder wenn sie von dem Anweisenden dem Angewiesenen mitgeteilt wird, bevor dieser die Anweisung annimmt oder die Leistung bewirkt.

Nimmt der Angewiesene die Anweisung dem Erwerber gegenüber an, so kann er aus einem zwischen ihm und dem Anweisungsempfänger bestehenden Rechtsverhältnis Einwendungen nicht herleiten. Im übrigen finden auf die Übertragung der Anweisung die für die Abtretung einer Forderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung."

b. **Anweisungsrechtsgeschäft und Anweisungsschein.** Im BGB. ist in der Überschrift des Titel 21 und an den meisten übrigen Stellen das Wort „Anweisung" im Sinn des Rechtsgeschäfts gebraucht, jedoch an anderen Stellen im Sinn von Anweisungs*schein* (BGB. § 785), sogar im gleichen Paragraphen in *beiden* Bedeutungen (BGB. §§ 784, 792). Auch für HGB. § 363 ergibt sich aus der Gleichstellung mit den im Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 genannten Urkunden, daß zunächst unter „Anweisung" der Anweisungs*schein* verstanden ist. Doch ist diese Fassung sowohl bezüglich des Anweisungsscheins wie auch bezüglich der übrigen Urkunden eine ungenaue (entsprechend für „Aktien" vgl. § 179 Anm. I). Nicht das *Papier* ist die Hauptsache, sondern das Rechtsgeschäft (vgl. BGB. § 952). Wenn daher HGB. § 363, ebenso wie BGB. § 792, von „Übertragen einer Anweisung" spricht, so ist darin nur ein kurzer Ausdruck für „Übertragen der Rechte aus dem Anweisungsrechtsgeschäft" zu finden, nicht aber ein Hinweis auf eine sachenrechtliche Übertragung des Stücks Papier. Im Folgenden ist das Wort „Anweisung" im Sinn des *Rechtsgeschäfts* gebraucht.

c. **Begriff des Anweisungsscheins.** Der Anweisungsschein ist die einem Dritten ausgehändigte Urkunde, in welcher jemand einen anderen auffordert, Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen jenem Dritten zu leisten. Diesen aus BGB. § 783 zu entnehmenden Begriff setzt auch HGB. § 363 voraus, nur, daß hier zum Überfluß das *eine* Merkmal der Anweisung des BGB., daß nämlich die Urkunde über Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen lauten muß, nochmals besonders hervorgehoben ist.

1. *Urkunde.* Keine Anweisung liegt vor, wenn die Erklärung *mündlich* abgegeben ist; doch sind einige der Vorschriften über Anweisungen auf solchen Fall entsprechend anwendbar (vgl. Düringer-Hachenburg Vorbem. zu § 363 ff. Anm. 2, Staub Anm. 14). Über mündliche und stillschweigende *Annahme* vgl. unten zu h 2. Die Entgegennahme der Anweisung durch den Anweisungsempfänger bedarf nicht schriftlicher Form. Erteilt auf Grund mündlicher Aufforderung des Gläubigers der Schuldner einem Dritten eine Urkunde, inhalts deren der Schuldner sich dem Dritten gegenüber zur Leistung verpflichtet,

so kann hierin die Ausstellung eines Verpflichtungsscheins liegen (ROH. 7 206, Bolze 10 Nr. 386).

2. Aushändigung an Dritten. Wird die Urkunde nicht dem Dritten ausgehändigt, sondern unmittelbar dem zur Leistung Aufgeforderten übersandt (so z. B. beim roten Scheck der Reichsbank, durch welchen diese um Übertragung einer Summe vom Konto des Auffordernden auf das Konto eines anderen ersucht wird), so liegt nicht Anweisung, sondern Leistungsauftrag vor (RG. 47 29). In der Einzahlung einer Summe bei einem Bankhaus „für Rechnung des A" liegt nur der Auftrag an das Bankhaus, die eingezahlte Summe wie eine von A bewirkte Leistung zu behandeln, dagegen weder eine an das Bankhaus gerichtete „Anweisung" zur Zahlung jenes Betrags an A, noch selbst ein gedeckter Zahlungsauftrag (RG. 45 239).

3. Über Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen. Lautet der Schein über die Leistung andersartiger Sachen, so liegt keine Anweisung vor, unter Umständen jedoch ein Schuldversprechen (D. 203, BGB. § 780, HGB. § 350). Wertpapier vgl. § 1 Anm. IX e, § 179 Anm. IV b, § 381 Anm. I a. Ist im Einzelfall das Wertpapier nicht vertretbar, so liegt — trotz der allgemein lautenden Fassung des BGB. § 783 und HGB. § 363 — keine „Anweisung" vor; so z. B. wenn der Bezogene ein nach Stücknummer bezeichnetes Wertpapier (Lehmann Nr. 3) oder eine auf einen bestimmten (zu Unrecht weitergehend Planck² § 783 Anm. 1) Namen lautende Aktie leisten soll. Vertretbare Sachen sind bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen (BGB. § 91, HGB. § 381 Anm. II b 1). So liegt z. B. eine Anweisung vor, wenn A dem B einen Bezugsschein übergibt, inhalts dessen A den C anweist, dem B für Rechnung des A 100 Tonnen Rohzink zu liefern (RG. 13 III 00 JW. 415 [14]). Daß eine bestimmte Summe angegeben, ist nicht erforderlich (vgl. Staub Anm. 20), wenn nur nach dem Inhalt der Urkunde der Umfang der angewiesenen Leistung in anderer Weise bestimmbar ist. — Keine Anweisung liegt vor, wenn der Zahlungsauftrag nicht lediglich (abstrakt auf Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen lautet, sondern wenn eine bestimmte einzelne Forderung des Erklärenden dem Erklärungsempfänger überwiesen wird (RG. 10 XII 01 JW. 02 79 [11]).

4. Aufforderung zur Leistung. Unerheblich ist, welchen Inhalts die Abreden sind, die dieser Aufforderung im inneren Verhältnis des Anweisers zum Anweisungsempfänger zu grund liegen, insbesondere auch, für wessen Rechnung die geforderte Leistung geschehen soll (RG. 10 XII 01 JW. 02 79 [11]). Nicht jede Aufforderung ist eine Anweisung, vielmehr nur diejenige, bei welcher der Anweiser A zunächst noch in unmittelbarem Rechtsverhältnis zum Angewiesenen B bleiben will; überträgt dagegen sofort A seine Forderung gegen B dem C so, daß A aufhören will, Gläubiger des B zu sein, und fordert A daraufhin den B zur Leistung an C auf, so liegt, auch wenn das Aufforderungsschreiben durch A dem C ausgehändigt wird, Abtretung, nicht Anweisung vor (RG. 49 98). Welche von beiden Gestaltungen beabsichtigt war, ist Tatfrage.

d. **Begriff des „kaufmännischen" Anweisungsscheins.** Der Anweisungsschein ist ein „kaufmännischer", wenn außer den Merkmalen jedes Anweisungsscheins (oben Anm. II c) noch die nachstehenden Merkmale vorliegen:

1. Der Angewiesene muß Kaufmann sein. Unerheblich ist (abweichend vom ADH.; D. 203) sowohl, ob der Anweiser, wie auch, ob der Anweisungsempfänger Kaufmann ist. Ebenso, ob die Anweisung oder deren Annahme Handelsgeschäft ist (§ 345 Anm. III; vgl. Bolze 9 Nr. 304; ebenso Staub § 364 Anm. 9). Kaufmann vgl. § 1 Anm. IV, § 343 Anm. II b. Die Kaufmannseigenschaft des Angewiesenen muß vorhanden sein zur Zeit der Aushändigung (oben Anm. II c 2) des Anweisungsscheins an den Anweisungsempfänger (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. III b, Lehmann Nr. 3, Goldmann Nr. 50; abweichend Staub Anm. 2, der den Zeitpunkt der Ausstellung für entscheidend erachtet). Unerheblich dagegen ist, ob später der Angewiesene jene Eigenschaft verliert (vgl. § 353 Anm. I b 1); wollte man das Gegenteil annehmen, so würde man auch zu der umgekehrten Folgerung gedrängt, daß nachträgliche Erlangung der Kaufmannseigenschaft durch den

Angewiesenen den bereits früher vorhandenen nicht indossierbaren Anweisungsschein nachträglich zu einem kaufmännischen, also indossierbaren, macht. Die Ansicht Staubs Anm. 2, daß, soweit es sich um die Verpflichtung des Angewiesenen handele, die Kaufmannseigenschaft zur Zeit der schriftlichen Annahme vorliegen müsse, erscheint aus dem obigen Grund gleichfalls nicht haltbar.

2. **Die Leistung darf im Anweisungsschein nicht von einer Gegenleistung abhängig gemacht sein.** Nur auf den Wortlaut des Anweisungsscheins kommt es an („darin"; Str. 74 291). Unerheblich ist, ob auf Grund anderweiter Abmachungen eine Gegenleistung gefordert werden darf; ob der Angewiesene auf Grund solcher Abmachungen Einwendungen erheben kann, ist nach § 364 zu entscheiden. — Die Beifügung einer anderen Bedingung der Leistung ist für die Anweisung — wie für den Verpflichtungsschein (unten Anm. III d) — nicht ausgeschlossen. — Daß der zu leistende Betrag bestimmt angegeben, ist nicht Voraussetzung der Indossierbarkeit (dagegen Bolze 17 Nr. 327); es genügt, daß er aus dem Inhalt der Urkunde in anderer Weise bestimmbar ist (oben Anm. II c 3).

3. **An Order** muß die Urkunde lauten. Wer ein Orderpapier begibt, erklärt damit, zu jedem legitimierten Inhaber der Urkunde in ein unmittelbares Schuldverhältnis treten zu wollen (P. 560, RG. 9 46). Auch das Stellen an eigene Order ist zulässig (P. 1329); allerdings wird dann erst mit Aushändigung (oben Anm. II c 2) der indossierten Urkunde an den Indossatar diese überhaupt zu einer Anweisung (ebenso Lehmann Nr. 2); vor Indossierung fehlt auch das Merkmal, daß zur Leistung an einen Dritten aufgefordert wird. Eine Anweisung an eigene Order liegt auch dann vor, wenn derselbe Einzelkaufmann je unter einer anderen seiner mehreren Firmen Anweiser und Anweisungsempfänger ist (abweichend ROH. 20 35 für den Fall einer Aktiengesellschaft; vgl. § 17 Anm. III c). — Andere Ausdrücke gleicher Bedeutung wie „an Order" haben die gleiche Wirkung (ROH. 21 83, 23 294, vgl. RG. 13 154). — Über den Vermerk „nicht an Order" vgl. unten Anm. VII d 2.

e. **Scheck.** Der Scheck ist eine Anweisung (D. 204, RGSt. 35 303). Und zwar eine auf Sicht zahlbare Anweisung auf das Guthaben des Ausstellers bei einem Bankhaus (RGSt. 18 154). Die D. 204 bemerkt: „Meistens sind die Schecks auf den Inhaber gestellt, oder sie lauten zwar auf eine bestimmte Person, aber mit dem Zusatz, daß der Bezogene auch an jeden Inhaber zahlen solle. Die rechtliche Zulässigkeit solcher Schecks ist auch künftig nicht zweifelhaft; nur das Akzept eines Inhaberschecks wird durch den § 795 BGB. ausgeschlossen. ... In Ansehung derjenigen Schecks, welche auf eine bestimmte Person oder den Inhaber lauten, wird der § 808 BGB. entsprechende Anwendung finden können. Was die Schecks betrifft, welche an Order lauten und durch Indossament übertragbar sein sollen, so ergibt sich die Indossierbarkeit derselben aus dem § 355 des Entwurfs" (= HGB. § 363). Unbestritten zulässig ist die Ausstellung von Schecks an Order und die Indossierbarkeit solcher Schecks (RGSt. 18 158, 23 217). Der Scheck ist nach deutschem Recht nicht außer Anweisungsschein auch Verpflichtungsschein, er gewährt bei Nichteinlösung keinen auf die Urkunde sich stützenden Rückgriff gegen den Aussteller, auch keinen Sprungrückgriff; vielmehr muß auf das zu grund liegende Rechtsverhältnis zurückgegangen werden, nur der unmittelbare Vormann kann in Anspruch genommen werden; der Widerruf der Anweisung erzeugt nicht ohne weiteres die Verpflichtung, jeden späteren Inhaber des Schecks, der hierdurch in Nachteil gerät, schadlos zu halten (RG. 44 158 OLG. Hamburg 14 VII 91 ZHR. 40 493). Ob, wenn der Rückgriff gegen den unmittelbaren Vormann im Einzelfall zulässig ist, auch Ersatz von Kosten und Rückspesen gefordert werden kann, hängt gleichfalls von dem zu grund liegenden Rechtsverhältnis ab; nicht etwa kann allgemein (so anscheinend LG. I Berlin 29 I 00 KGBl. 67) ein solcher Anspruch auf § 354 gegründet werden. Es besteht keine allgemeine Vorlegungsfrist für Schecks (LG. I Berlin a. a. O.; vgl. jedoch BGB. § 789 Satz 2). Maßgebend für den Umfang der Verpflichtung des Ausstellers ist nicht das Recht des Zahlungsorts, sondern entweder das Recht seines Wohnsitzes oder des für die Verpflichtung des Ausstellers in Betracht kommenden Erfüllungsorts; das Recht des Zahlungs-

orts ist nur für die Entscheidung der Frage von Bedeutung, ob eine dem Scheck entsprechende Einlösung erfolgt ist (RG. 44 156). — Die landesgesetzlichen Vorschriften über Schecks sind unberührt geblieben (EGHGB. Art. 17); so insbesondere das in Elsaß-Lothringen geltende französische Scheckgesetz v. 14 VI 65 (D. 301). — Ein „roter" Scheck auf die Reichsbank (Auftrag zur Überweisung auf Girokonto) enthält keine Anweisung, sondern einen Zahlungsauftrag (oben zu c 2).

f. **Gezogener Wechsel.** Bezüglich desselben bleiben maßgebend die Vorschriften der Wechselordnung (EGBGB. Art. 32, EGHGB. Art. 2 Abs. 2); ebenso die landesgesetzlichen Ausführungsvorschriften, soweit durch Bundesgesetz vom 5 VI 69 aufrecht erhalten (EGHGB. Art. 21). Ein verjährter Wechsel äußert daher auch als Anweisungsschein keine Wirkung (ROH. 18 188, RG. 48 230). Dagegen kann ein Schriftstück, dem von Anfang an ein Formerfordernis des Wechsels fehlte, als Anweisungsschein wirken (ROH. 6 130, RG. 48 230, BGB. § 140). — Über eigene Wechsel vgl. unten Anm. III a 3.

g. **Landesgesetzliche Vorschriften über kaufmännische Anweisungsscheine** sind aufgehoben (EGHGB. Art. 21, D. 204).

h. **Annahme** der Anweisung. Bezüglich ihrer Form und Wirkung gelten die Vorschrifte des BGB. auch für die kaufmännische Anweisung (D. 202) mit den für den Fall ihrer Indossierung sich aus §§ 364, 365 ergebenden Maßgaben. Hervorzuheben ist namentlich:

1. Die Annahmeerklärung ist selbständiger Verpflichtungsgrund (BGB. § 784, D. 202). Es besteht kein Anspruch des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen auf Annahme der Anweisung; ebensowenig in der Regel ein solcher Anspruch des Anweisers (BGB. § 787 Abs. 2). Wird die Annahmeerklärung auf den Schein gesetzt vor vollständiger Ausfüllung des letzteren, und wird dieser so ausgehändigt, so kann hierin ein Vorvertrag über Herstellung des Rechtsverhältnisses aus Anweisung und Annahme liegen (RG. 2 90, vgl. BGB. § 784 Abs. 2 Satz 2).

2. Schriftlicher Vermerk auf dem Anweisungsschein ist erfordert (BGB. § 784 Abs. 2, D. 203). In einer mündlichen Annahme wird indessen in der Regel ein Schuldversprechen (BGB. § 780) zu finden sein (D. 203), das unter Umständen (BGB. § 782, HGB. §§ 350, 351) mündlich gültig ist. Ebenso in einer stillschweigenden Annahme durch schlüssige Handlung; z. B. wenn der Speditör unter Bezugnahme auf den unmittelbar vom Verkäufer an den Käufer ergangenen Auftrag, dem Speditör zu zahlen, um diese Zahlung ersucht, und Käufer daraufhin die Ware vom Speditör stillschweigend entgegennimmt (vgl. RG. 47 29). Die schriftlich, wenngleich nicht durch Vermerk auf dem Schein, erklärte Annahme wird gleichfalls in der Regel als Schuldversprechen anzusehen sein (Staub Anm. 7).

3. Aus dem Anweisungsschein besteht kein Anspruch gegen den Anweiser (D. 203, ROH. 13 314, OLG. Hamburg 14 VII 91 ZHR. 40 493); entgegenstehende Landesgesetze sind aufgehoben (EGHGB. Art. 21). Soll gegen den Anweiser Rückgriff genommen werden, so ist auf das ursprüngliche Rechtsverhältnis zurückzugehen. Das Gleiche gilt bei der kaufmännischen Anweisung im Verhältnis des Indossatars zum Indossanten (§ 364 Anm. III b).

4. Konkurs des Anweisers hebt die Anweisung nicht auf (ebenso Jäger[2] KO. § 23 Anm. 18, Staub Anm. 15, und nach früherem Recht ROH. 22 142); denn es liegt kein Grund vor, den Fall des Konkurses anders zu behandeln als den Fall des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit (vgl. BGB. § 791), und die für den Fall des Auftrags sowie des Dienst- oder Werkvertrags mit Geschäftsbesorgung gegebene Ausnahmebestimmung der KO. § 23 trifft nicht auch den Fall der Anweisung. Der Verwalter hat aber das Recht, die Anweisung zu widerrufen, in gleichem Umfang wie vor Konkurseröffnung der Gemeinschuldner (vgl. BGB. § 790), und ferner ist anzunehmen, daß KO. § 8 dahin entsprechend auszudehnen ist, daß die nach Konkurseröffnung trotz Kenntnis von der Eröffnung erfolgende Annahme der Anweisung auf Schuld (BGB. § 787) den Angewiesenen nur insoweit gegenüber den Konkursgläubigern befreit, als das auf Grund der Annahme Ge-

leistete in die Konkursmasse gekommen ist (Jäger[2] KO. § 8 Anm. 2, § 23 Anm. 18, Düringer-Hachenburg Vorbem. VII b zu §§ 363 ff.; dagegen Staub Anm. 15).

III. **Kaufmännischer Verpflichtungsschein** ist eine Urkunde, welche die folgenden Merkmale aufweist:

a. **Verpflichtungsschein.**

1. Nicht notwendig selbständige Verpflichtung verbriefend. Nach jetzt feststehender Rechtsprechung ist für den Verpflichtungsschein nicht wesentlich, daß er die Leistungspflicht als selbständige begründet; vielmehr ist jeder Schein, gleichgültig ob er die verbriefte Leistungspflicht als selbständige, vom Verpflichtungsgrund losgelöste begründet oder nicht, ein Verpflichtungsschein, wenn er eine Verpflichtung zur Leistung von vertretbaren Sachen verbrieft, ohne daß in ihm die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist (RG. **12** 96, **14** 101, **32** 82; in älteren Urteilen Loslösung vom Schulgrund als notwendig vorausgesetzt: ROH. **9** 354, RG. **8** 37). Legt man diese Rechtsprechung zu grund (so auch Staub Anm. 22; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. III 2), so kann man nicht (wie Staub Anm. 18; vgl. auch Staub § 350 Anm. 9) als Erfordernis des Verpflichtungsscheins bezeichnen, er müsse „einen selbständigen Verpflichtungsgrund darstellen und deshalb seinem Inhalt nach dazu geeignet sein" (übereinstimmend Lehmann 2 69 Fußnote 1). Über den erforderlichen Inhalt vgl. unten zu c—e. Auch ein Unterschied dahin, daß der Verpflichtungsschein „dispositive Schuldurkunde", der gewöhnliche Schuldschein „Beweisurkunde" sei (so Lehmann Nr. 4), ist nicht anzuerkennen; es kommt nur darauf an, ob die Merkmale unten zu c—e vorliegen. Auch Beurkundung in Form eines Briefs genügt (RG. **44** 234). — Ist unerheblich, ob die verbriefte Leistungspflicht als selbständige begründet wird, so ist noch weniger erheblich, ob in der Urkunde die Angabe des Schuldgrunds enthalten ist oder nicht (D. 205, RG. **44** 230); denn auch die Begründung eines selbständigen Schuldversprechens (BGB. § 780) ist vereinbar mit Angabe des Schuldgrunds in der darüber aufgestellten Urkunde (Planck[2] § 780 Anm. 1 a).

2. Insbesondere Verpflichtungsschein über selbständige Verpflichtung. Ist im Einzelfall das durch den Schuldschein verbriefte Leistungsversprechen oder Leistungspflicht-Anerkenntnis in der Weise abgegeben, daß hierdurch die Leistungspflicht selbständig begründet werden soll, so fällt das zu grund liegende Rechtsgeschäft unter BGB. §§ 780—782, HGB. §§ 350, 351. Der Kaufmann kann ein selbständiges Schuldversprechen (BGB. §§ 780, 781) in zweierlei Form abgeben, entweder mündlich oder schriftlich; für ersteren Fall wird das BGB. durch HGB. §§ 350, 351 geändert, für letzteren Fall durch HGB. § 363 Abs. 1 Satz 2 ergänzt. — Soll die Hingabe des Verpflichtungsscheins die Leistungspflicht selbständig begründen, so muß sein Wortlaut hierzu geeignet sein; so kann er z. B. lauten: „ich verpflichte mich", „Sie können an meiner Kasse erheben" (Staub Anm. 18), „gegen diesen Schein zahle ich" (RG. **32** 82).

3. Beispiele. Verpflichtungsscheine sind z. B. Prioritäts-Obligationen (OLG. Dresden 9 VII 91 ZHR. **43** 355) und sonstige Schuldverschreibungen gewerblicher Unternehmer (D. 205, RG. **12** 93), auch wenn darin gleichzeitig die Beteiligung an gemeinsamer hypothekarischer Sicherung (BGB. § 1189) verbrieft ist (vgl. RG. **14** 101), Darlehnsschuldscheine (RG. **12** 98), das Anerkenntnis eines Guthabens des anderen (RG. **44** 229), sonstige Schuldscheine (ROH. **8** 431, **19** 276), Besserungsscheine (Staub Anm. 21; vgl. oben § 346 Anm. III b 2). Eine Art Verpflichtungsschein ist auch der eigene Wechsel (Entsch. d. OTr. 1 III 70 angeführt RG. **8** 41, vgl. OTr. **43** 274; dagegen ROH. **9** 354, **22** 305, RG. **8** 41, beeinflußt durch die jetzt verlassene Ansicht, daß auch der Verpflichtungsschein notwendig vom Schuldgrund losgelöst); doch unterliegt dieser nicht den Vorschriften der §§ 363 ff., sondern nur der Wechselordnung (EGHGB. Art. 2 Abs. 2; vgl. Art. 21). Der gültig gewesene, aber verfallene oder verjährte eigene Wechsel kann nicht als Verpflichtungsschein aufrechterhalten werden; dagegen eine als eigener Wechsel gedachte, aber wegen Formmangels als Wechsel ungültige Urkunde, außer wenn der Wille der Beteiligten so ausschließlich auf Errichtung eines Wechsels gerichtet war, daß mit dessen Nichtigkeit die Verpflichtung überhaupt fortfallen sollte (RG. **48** 230). Kein Verpflichtungsschein des Ausstellers ist der Scheck (RG. **44** 158).

b. **Von einem Kaufmann ausgestellt.** Vgl. oben Anm. II d 1. Unerheblich ist, ob derjenige, an dessen Order der Verpflichtungsschein ausgestellt wird, oder ob der Indossatar Kaufmann ist. Unerheblich auch, ob die Übernahme der Verpflichtung ein Handelsgeschäft ist (oben Anm. II d 1, Bolze **9** Nr. 304).

c. **Über Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen** („über Gegenstände der bezeichneten Art"). Vgl. oben Anm. II c 3.

d. **Ohne daß im Verpflichtungsschein die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist.** Vgl. oben Anm. II d 2. Zulässig ist die Aufnahme einer anderen Bedingung (ROH. **24** 237, Bolze **1** Nr. 947, **10** Nr. 386). Zulässig ist auch — zumal es ohnedies gelten würde (§ 364 Abs. 3) — die Beifügung eines ausdrücklichen Vermerks des Inhalts, daß der Angewiesene nur gegen Aushändigung der Urkunde zu leisten verpflichtet ist (vgl. ROH. **19** 278).

e. **An Order.** Vgl. oben Anm. II d 3. Die Orderklausel muß vom Aussteller, sie darf nicht erst von einem Indossanten hinzugefügt sein (Lehmann Nr. 4; vgl. unten Anm. VII d 2). — Lautet der Verpflichtungsschein auf den Inhaber, so ist BGB. §§ 793 ff. anwendbar; zu beachten ist insbesondere BGB. § 795, nach welchem im Inland ausgestellte Inhaber-Schuldverschreibungen, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden dürfen, und hiervon ihre Gültigkeit abhängt. Ein Gutschein, in dem kein Berechtigter angegeben, ist ungültig entweder wegen Unbestimmtheit (RG. **8** 38, **14** 102, RG. 1 II 94 in JMBl. **95** 12 und bei Bolze **18** Nr. 365), oder weil er als nicht staatlich genehmigte Inhaber-Schuldverschreibung anzusehen. — Der Umstand, daß ein Schein nicht an Order gestellt ist, nimmt ihm nicht die Eigenschaft als Verpflichtungsschein, sondern nur die Indossierbarkeit (ROH. **7** 204, **8** 432, **19** 277, RG. **11** 178, **32** 82).

IV. **Indossierbare Verfügungspapiere.** Der § 363 entscheidet nicht, ob die Verfügungspapiere, die er nennt, auch wenn nicht an Order gestellt, gültig sind (Staub Anm. 29). Unter §§ 363—365 aber fallen sie nur, wenn sie an Order gestellt sind. Nicht indossierbar ist daher z. B. ein nicht an Order gestellter Niederlegungsschein (RG. **43** 72). — Über die Bedeutung einer Übergabe dieser Papiere für die Besitzübertragung an dem Gut, über welches sie ausgestellt sind, bestimmen §§ 424, 450, 647. — Die in § 363 Abs. 2 aufgeführten Urkunden können an Order auch dann gestellt werden, wenn in ihnen die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist.

a. **Konnossement** eines Seeschiffers. Vgl. §§ 642 ff.

b. **Ladeschein** eines Frachtführers. Vgl. §§ 444 ff., BinnenSchiffG. §§ 26, 72. Auch der nicht an Order gestellte Ladeschein ist Verfügungspapier (§ 450 Anm. I a 3), wenngleich nicht indossierbar.

c. **Lagerschein einer staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalt.** Über Lagerscheine vgl. § 424. Lagerscheine, die nicht von Anstalten herrühren, die staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigt sind, sind nicht indossierbar, wenngleich an Order gestellt (RG. **59** 376, Heilbrunn in HoldheimsMSchr. **05** 175), außer soweit eingreift EGHGB. Art. 16: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Lagerscheine und Lagerpfandscheine, die Vorschriften über Lagerscheine jedoch nur insoweit, als sie den § 363 Abs. 2 und die §§ 364, 365, 424 des Handelsgesetzbuchs ergänzen."

V. **Bodmereibrief.** Vgl. §§ 682 ff. Nur wenn an Order lautend, fällt er unter §§ 363—365.

VI. **Transportversicherungspolize.** Hierunter fallen nicht nur die Seeversicherungspolizen (§ 784), sondern auch die Polizen bei Binnenbeförderung (D. 205) sowohl zu Land wie zu Wasser. Nur wenn an Order lautend, fallen die Transportversicherungspolizen unter §§ 363—365.

VII. **Übertragbarkeit durch Indossament.** Die in § 363 (oben Anm. II—VI) aufgeführten Urkunden (wenn an Order lautend) sind übertragbar durch Indossament.

a. **Nur** die in § 363 aufgeführten Urkunden, insbesondere auch der Orderscheck (oben Anm. II e), sind übertragbar durch Indossament. Ferner der Wechsel (oben Anm. II f, III a 3), die nicht auf weniger als 1000 Mk. gestellte Namenaktie (§ 222 Abs. 3, 4), ein

solcher Interimsschein (§ 224), der Reichsbankanteilschein (Satzung der Reichsbank § 5) und möglicherweise nach Landesgesetz der Lagerschein oder Lagerpfandschein einer nicht staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalt (oben Anm. IV c) oder andere Urkunden über die der Regelung durch Landesrecht vorbehaltenen Rechtsverhältnisse, z. B. im Berg- oder Versicherungswesen; doch sind auf alle diese Urkunden nicht §§ 364, 365, vielmehr die betreffenden Sondervorschriften anwendbar. Bezüglich anderer Urkunden ist ein Indossament als solches (vgl. § 364 Anm. I b) unwirksam. Durch Nichtaufnahme des bisherigen Art. 304 ADH. und durch EGHGB. Art. 21 Satz 2 sollte ausgedrückt werden, daß auch durch Landesgesetz nicht die Indossierbarkeit von Urkunden bestimmt werden kann (D. 205).

b. **Gegenstand der Übertragung** durch Indossament sind nach dem Wortlaut des § 363 die betreffenden Urkunden. In Wahrheit ist aber nicht die Urkunde, sondern die verbriefte Forderung übertragbar (vgl. oben Anm. II).

c. **Übertragungsmittel** ist nicht — wie es nach dem Wortlaut des § 363 scheinen könnte — das Indossieren allein, vielmehr nur in Verbindung mit dem zu grund liegenden Begebungsvertrag (§ 364 Anm. I).

d. **Indossament.** Über diesen Begriff und das Verhältnis des Indossaments zur Abtretung vgl. § 364 Anm. I b.

1. Form des Indossaments. Hierüber bestimmt § 365. Ein Indossament, das als solches nicht gültig ist, sei es wegen Formmangels, sei es, weil nicht die Voraussetzungen für Indossierbarkeit vorliegen, kann als schriftliche Abtretung (unten zu 3) aufrechterhalten werden, wenn (BGB. § 140) anzunehmen, daß dies bei Kenntnis der Ungültigkeit des Indossaments gewollt sein würde (§ 364 Anm. I b); selbstverständlich nur mit den geringeren Wirkungen der gewöhnlichen Abtretung.

2. Das Recht des Indossatars, weiter zu indossieren oder auf Grund eines Blankoindossaments weiter zu begeben, folgt aus der Bezugnahme auf WO. Art. 11—13 in § 365 Abs. 1. Hat der erste Aussteller der Urkunde die Weiterübertragung ausgeschlossen (vgl. BGB. § 792 Abs. 2), so läge hierin die Aufhebung eines etwaigen Ordervermerks; die Urkunde würde gültig bleiben (vgl. oben Anm. III e 3), aber nicht indossierbar sein. Ebenso für die Zukunft, wenn der (etwa vom ersten Aussteller verschiedene) Schuldner (z. B. der Angewiesene) den Vermerk „nicht an Order" beim Unterschreiben hinzufügt. Fügt der Indossatar, nachdem der Schuldner bereits die Urkunde als Orderurkunde unterschrieben hat, seinem demnächstigen Indossament den Vermerk „nicht an Order" hinzu, so wird für den Wechsel angenommen, und ist auch für die Urkunden des § 363 anzunehmen, daß dies nur zu seinen Gunsten Wirkung übt, gegenüber den übrigen Beteiligten aber, und besonders gegenüber dem Schuldner, die Indossierbarkeit der Urkunde hierdurch nicht aufgehoben wird. Da nun bei den Urkunden des § 363 ein Rückgriff aus der Urkunde gegen den Indossanten nicht gegeben ist, so wird — soweit die Haftung aus der Urkunde in Betracht kommt — bei diesen Urkunden die Beifügung eines solchen nachträglichen Vermerks wirkungslos bleiben (Ungültigkeit nehmen an Staub Anm. 5, Düringer-Hachenburg § 364 Anm. III c); als Bestandteil des der Indossierung zu grund liegenden Rechtsgeschäfts, z. B. für die Begrenzung etwaiger Schadensersatzansprüche, kann er jedoch unter Umständen erheblich sein.

3. Nicht ausschließlich durch Indossament sind die in § 363 genannten Urkunden übertragbar, auch wenn sie den Ordervermerk enthalten. Vielmehr bleibt daneben zulässig die allgemeine Form der Übertragung durch gewöhnliche Abtretung (BGB. § 398, ROH. **25** 341, RG. **33** 147; ungenau daher RG. **41** 4) und bei der Anweisung durch schriftliche Übertragungserklärung mit Aushändigung des Anweisungsscheins (BGB. § 792 Abs. 1); erfolgt aber die Übertragung in solcher Weise, so finden §§ 364, 365 nicht Anwendung.

4. Prokuraindossament. Ebenso wie beim Wechsel (WO. Art. 17), ist auch bei den in § 363 aufgeführten Urkunden ein Prokuraindossament zulässig (RG. 41 118, Staub § 365 Anm. 14; nach Lehmann § 364 Nr. 5 wäre im Einzelfall zu prüfen, ob darin eine Vollmachtsurkunde gemäß BGB. § 172 liege). Das Prokuraindossament beurkundet ein Voll-

machtsverhältnis; es unterscheidet sich hierdurch von einem auf Grund eines Inkassomandats erteilten gewöhnlichen Indossament, da solches eine Übertragung zu treuer Hand beurkundet. Der Prokuraindossatar handelt nach außen im Namen des Indossanten, der Indossatar auf Grund Inkassomandats handelt nach außen in eigenem Namen. Formeln, in denen ein Prokuraindossament im Zweifel liegt, sind z. B. „zur Einkassierung", „in Prokura", „zur Vollmacht", „für meine Rechnung". Aber auch der dem Indossament eines Konnossements beigefügte Zusatz „nur zu Spedition" (RG. 41 119, vgl. RG. 17 I 00 JW. 255 [11]).

§ 364.

Wirkung des Indossaments.

Durch das Indossament gehen alle Rechte aus dem indossirten Papier auf den Indossatar über.

Dem legitimirten Besitzer der Urkunde kann der Schuldner nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus dem Inhalte der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen.

Der Schuldner ist nur gegen Aushändigung der quittirten Urkunde zur Leistung verpflichtet.

ADH. Art. 303. **Entw. I** — **Entw. II** § 356.

I. Indossament.
II. Übertragungswirkung des Indossaments.
III. Wirkung des Indossaments gegenüber dem Schuldner.
IV. Leistungspflicht nur gegen quittierte Urkunde.

I. Indossament.

a. **Begriff.** Der Begriff des Indossaments ist im HGB. als bekannt vorausgesetzt; ebensowenig enthält die WO. oder das BGB. eine Bestimmung dieses Begriffs. Das Indossament ist eine einseitige schriftliche Übertragungserklärung von bestimmter Form. Die im Gesetz an „das Indossament" geknüpften Wirkungen treten allerdings nur dann ein, wenn zu dem formgerechten einseitigen schriftlichen Indossament ein zweiseitiger formfreier Begebungsvertrag hinzukommt; nur daß die Beweislast des Klägers auf das Vorhandensein formgerechter Indossamente beschränkt ist (RG. 4 147), die Beweislast für das Nichtvorhandensein von Begebungsverträgen aber dem Beklagten obliegt (RG. 5 83, 35 76). Der Begebungsvertrag ist als forderungsrechtlicher Vertrag aufzufassen, nicht als dinglicher Vertrag über Eigentumsübertragung am Papier. Für die Geltendmachung von Rechten gegen Dritte aus dem (mit Begebungsvertrag verbundenen) Indossament muß dann noch die Übergabe der Urkunde hinzukommen. — Das Indossament ist im Verhältnis zur Erklärung des Schuldners eine zusätzliche Erklärung und nimmt daher den Inhalt dieser Haupterklärung in sich auf (RG. 47 69). Das Indossament (mit Begebungsvertrag) als abstrakte Übertragungsart ist zu unterscheiden von dem zu grund liegenden Rechtsgeschäft (RG. 52 324). Der Indossant und ein auf Grund Blankoindossaments Begebender ist im Sinn der CPO. § 445 Rechtsvorgänger des neuen Erwerbers (RG. 47 70; vgl. jedoch RG. 9 45). Über die erforderliche Form des Indossaments vgl. § 365 Anm. I.

b. **Verhältnis zur Abtretung.** Nicht das Indossament für sich, sondern nur das mit einem Begebungsvertrag verbundene Indossament ist etwas der Abtretung Vergleichbares. In der Regel wird das (mit Begebungsvertrag verbundene) Indossament als etwas von der Abtretung Verschiedenes aufgefaßt (vgl. P. 433, Volkmar-Loewy WO. § 28, RG. 10 IV 96 JW. 285 [25]). Indessen paßt die Begriffsbestimmung der Abtretung (BGB. § 398) auch auf das mit Begebungsvertrag verbundene Indossament, soweit es im Einzelfall eine Forderung überträgt (unten Anm. II b), denn auch hier geschieht die Übertragung von dem Gläubiger auf einen anderen durch Vertrag mit letzterem. Richtiger ist es daher wohl, das (mit Begebungsvertrag verbundene) Indossament, soweit es eine Forderung überträgt, nicht als etwas von der Abtretung Verschiedenes, sondern als eine Unterart der Abtretung aufzufassen

(ebenso Büsing Wesen u. Wirkg. d. Indoss. 167). Hieraus würde folgen, daß die Vorschriften des BGB. über Abtretung auch auf das (mit Begebungsvertrag verbundene) Indossament des eine Forderung verbriefenden Papiers anzuwenden sind, soweit nicht für das Indossament aus dem Wesen indossierbarer Papiere oder aus ausdrücklichen Sondervorschriften etwas Abweichendes folgt. Über die Frage der Anwendbarkeit des § 401 BGB. vgl. unten Anm. II c, des § 402 unten Anm. II a, des § 405 BGB. unten Anm. III b 2; über die Frage, wie bei Verfügungspapieren die Indossamentswirkung sich zu der Wirkung einer Abtretung des im BGB. §§ 870, 931, 934, 936 Abs. 3, 986 Abs. 2 erwähnten dinglichen Herausgabeanspruchs verhält, vgl. § 424 Anm. II. — Die durch indossierbares Papier verbriefte Forderung kann statt durch Indossament auch durch gewöhnliche Abtretung übertragen werden; in letzterem Fall sind alle für die gewöhnliche Abtretung gegebenen Regeln anzuwenden (vgl. OLG. Hamburg 3 I 91 ZHR. 40 544); insbesondere findet nicht die in § 364 Abs. 2 bestimmte Einschränkung der Einreden statt (§ 363 Anm. VII d 3). — Ob eine Abtretung, die in der Form des Indossaments gewollt ist, wenn sie als Indossament wegen Formmangels ungültig ist, doch Wirkung als gewöhnliche Abtretung äußert, ist abhängig davon, ob die Geltung als gewöhnliche Abtretung bei Kenntnis der Nichtigkeit als Indossament gewollt sein würde (BGB. § 140, vgl. Bolze 2 Nr. 827, 17 Nr. 327, RG. 10 IV 96 JW. 285[26]). Ist ein Prokuraindossament (§ 363 Anm. VII d 4) als solches ungültig, so kommt nicht Geltung als Abtretung, sondern Geltung als Bevollmächtigung in gleicher Weise in Frage (RG. 41 118).

II. **Übertragungswirkung des Indossaments (§ 364 Abs. 1).**

a. **„Durch das Indossament".** Zum Indossament muß ein Begebungsvertrag hinzukommen (oben Anm. I). Übergabe der Urkunde ist für das Verhältnis des Indossatars zum Indossanten (anders für das Verhältnis zum Schuldner; unten Anm. III) nicht außerdem erforderlich für die Wirksamkeit des Indossaments (abweichend Staub Anm. 1, Düringer-Hachenburg Anm. III); ist indossiert und der Begebungsvertrag geschlossen, so tritt die Wirkung des § 364 Abs. 1 bereits ein (vgl. BGB. § 952 Abs. 2, oben Anm. I b, BGB. § 402, aber auch HGB. § 365 Abs. 1, WO. Art. 74). Nur bei der Anweisung gilt kraft besonderer Gesetzesvorschrift (BGB. § 792) das Gegenteil, daß nämlich auch im Verhältnis des Übertragers zum Übertragungsempfänger die Übertragungswirkung erst mit Aushändigung der Urkunde eintritt. Über den Sonderfall der Anweisung an eigene Order vgl. § 363 Anm. II d 3. — Ein genügender Begebungsvertrag liegt z. B. in der Übergabe eines Konnossements zu dem Zweck, daß der Empfänger auf Grund desselben die Ware entgegennehme (RG. 17 I 00 JW. 256[11]).

b. **Übergang der Rechte.** Die Urkunden des § 363 verbriefen bestimmte Rechte. Das Indossament überträgt nicht die Urkunde, sondern — wie § 364 Abs. 1 (im Anschluß an WO. Art. 10) es zutreffend ausdrückt — das verbriefte Recht. — Das verbriefte Recht ist eine Forderung im Fall eines Anweisungsscheins, eines Verpflichtungsscheins und einer Transportversicherungspolize; es ist außer der Forderung auch das dingliche Recht im Fall eines Bodmereibriefs. Ob im Fall der Verfügungspapiere ein Forderungsrecht oder ein dingliches Recht durch das Indossament übertragen wird, kann zweifelhaft sein; man wird wohl anzunehmen haben, daß das Indossament (mit hinzukommendem Begebungsvertrag) an sich nur den durch das Verfügungspapier verbrieften forderungsrechtlichen Herausgabeanspruch (§ 444 Anm. II) überträgt (abweichend ROH. 25 355), daß aber die so erfolgende Übertragung des persönlichen Anspruchs mit hinzukommender Übergabe des Papiers (vgl. § 424 Anm. I c) auch (entsprechend dem BGB. §§ 870, 931, 1205 Abs. 2) dingliche Wirkungen hinsichtlich der im Verfügnngspapier bezeichneten Ware hat. Geht man von dieser Ansicht aus, so ist das Indossament in allen diesen Fällen nur als eine besondere Art der Forderungsübertragung anzusehen; doch können mittelbar infolge dieser Forderungsübertragung — ebenso wie infolge einer Abtretung — auch dingliche Rechte übergehen, entweder weil (wie bei der Verbodmung; vgl. auch unten zu c) das dingliche Recht ein Nebenrecht des Forderungsrechts ist oder weil die Übertragung des Forderungsrechts (mit hinzukommender Übergabe des indossierten Papiers) die Form ist, in der sich der Übergang des mittelbaren Besitzes

vollzieht. — Die Wirkung des Übergangs der Rechte ist die einzige Wirkung des Indossaments bei Papieren der in § 363 genannten Art. Das Indossament hat für sich nicht die Wirkung einer Gewährleistung des Indossanten gegenüber seinen Nachmännern (RG. 48 232); auch findet kein Sprungrückgriff statt (P. 558, 560); vielmehr sind nur die allgemeinen Regeln des BGB. §§ 437, 438, 445, 523 u. a. anwendbar (ROH. 13 317; vgl. ROH. 16 447).

c. **Alle Rechte aus dem indossierten Papier** gehen auf den Indossatar über. Nicht nur die Rechte des Indossanten (RG. 57 64), falls die Rechte aus dem Papier größer sind als die des Indossanten; die genauere Regelung dieses Punktes ist in § 364 Abs. 2 enthalten. Andererseits aber nach herrschender Meinung auch nur die Rechte aus dem Papier, falls diese kleiner sind als die des Indossanten; Nebenrechte, die nicht im Einzelfall auch nach Inhalt des Papiers verbrieft sind, gehen daher nach herrschender Meinung nicht schon durch Indossierung des Papiers, vielmehr nur durch etwa hinzukommende Abtretung dieser Rechte über (RG. 41 172, OLG. Dresden 19 VI 85 ZHR. 35 262, Staub Anm. 4, Lehmann Nr. 2, Düringer-Hachenburg Anm. IIIe, grundsätzlich auch Goldmann Nr. 3); wirksam sei jedoch ein Vertragsantrag, der dahin gehe, dem jedesmaligen Gläubiger einer Forderung bürgen zu wollen (RG. 41 172). Die Ansicht, daß Nebenrechte nicht schon durch das Indossament übergehen, kann jedoch nach neuem Recht wohl nicht mehr aufrecht erhalten werden. Nach BGB. § 1250 geht mit der „Übertragung" der Forderung das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über; auch das Indossament ist aber eine Art der Forderungsübertragung. Auch BGB. § 1187, der die Bestellung einer Sicherungshypothek für die durch indossierbares Papier verbriefte Forderung zuläßt, insbesondere dessen Satz 3, kann schwer anders ausgelegt werden, als daß er voraussetzt, das Indossament (ohne Notwendigkeit einer noch hinzukommenden Abtretung) übertrage auf den Indossatar gleichzeitig auch das Recht an der Sicherungshypothek (so auch Planck[3] § 1187 Anm. 3c). Schon nach altem Recht geht ferner durch Indossierung des Bodmereibriefs nicht nur die Darlehnsforderung sondern gleichzeitig auch das Pfandrecht an den verbodmeten Gegenständen auf den Indossatar über. Betrachtet man das mit Begebungsvertrag verbundene Indossament nicht als etwas von der Abtretung Verschiedenes, sondern nur als eine Unterart der Abtretung (oben Anm. Ib), so liegt endlich auch kein Grund vor, warum nicht auch die allgemeine Vorschrift des BGB. § 401 auf den Fall des Indossaments zur Anwendung kommen sollte, soweit diese Vorschrift nicht durch die eben erwähnten Sondervorschriften über den Übergang von Nebenrechten durch Indossament geändert ist.

III. **Wirkung des Indossaments im Verhältnis zum Schuldner.** Hierüber bestimmt § 364 Abs. 2 und 3, während Abs. 1 in erster Reihe das Verhältnis zwischen Indossatar und Indossant und nur mit den aus Abs. 2 und 3 zu entnehmenden Maßgaben auch das Verhältnis des Indossatars zum Schuldner betrifft.

a. **Legitimierter Besitzer der Urkunde.** Nur ein solcher kann das durch die Urkunde verbriefte Recht gegenüber dem Schuldner geltend machen. Über die Frage, ob auch im Verhältnis zum Indossanten das Recht aus der Urkunde erst durch Übergabe der Urkunde erworben wird, vgl. oben Anm. IIa. Die Behauptung, daß der Kläger legitimierter Besitzer der Urkunde sei, gehört zu den klagebegründenden Tatsachen. Über Legitimation des Besitzers vgl. § 365 Anm. II. Unter Besitzer ist hier nur der unmittelbare zu verstehen; der Art. 36 WO., auf den § 365 Abs. 1 bezüglich der Legitimation des „Besitzers" verweist, handelt nur vom „Inhaber". — Der Schuldner kann außerhalb der drei Fälle des Abs. 2 (die sämtlich voraussetzen, daß ein legitimierter Besitzer klagt) Gegenbeweis dafür antreten, daß der Besitzer, der äußerlich legitimiert scheint, in Wahrheit nicht legitimiert ist (RG. 55 324; entsprechend BGB. § 793 „es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist"); so z. B. durch Erhebung des Einwands, daß der Besitzer nicht durch Begebungsvertrag erworben habe (ROH. 25 66, RG. 5 84, RG. 17 I 00 JW. 256[11]), oder daß der Beklagte den Begebungsvertrag nicht gegen sich gelten zu lassen brauche, weil der Kläger ihn mit sich selbst als dem Vertreter des Beklagten geschlossen habe (vgl. BGB. § 181, RG. 6 VII 03 OLGRspr. 11 421).

b. Zulässige Einwendungen.

1. **Allgemeines.** „Einwendungen" umfaßt alle Arten von Gegenausführungen, sowohl diejenigen, mittels deren auf (von Amts wegen zu berücksichtigende) Tatsachen hingewiesen wird, die den Anspruch aufheben, wie auch diejenigen („Einreden"), mittels deren Geltendmachung erst der Inanspruchgenommene von seinem Recht Gebrauch macht, die Leistung zu verweigern (Planck[3] Buch I Vorbem. VIII). — „Urkunde" in Abs. 2 weist auf „indossiertes Papier" in Abs. 1 zurück. Der Abs. 2 handelt daher nur von dem Fall, daß Berechtigter ein Indossatar ist, nicht von dem Fall, daß der im Text der ursprünglichen Urkunde benannte Empfänger als Berechtigter auftritt; für den letzteren Fall gelten besondere Vorschriften für die einzelnen Arten von Urkunden (für den Anweisungsschein vgl. § 363 Anm. IIh, BGB. § 784, für den Ladeschein § 447 [446], für das Konnossement § 645), die jedoch wohl sämtlich nicht inhaltlich von § 364 Abs. 2 abweichen. — Die Fassung des § 364 Abs. 2 schließt sich an BGB. § 784 Abs. 1, § 796 (D. 205) an und weicht von der Fassung der WO. Art. 82 ab; inhaltlich sollte jedoch an allen diesen Stellen dasselbe bestimmt werden; es handelt sich in allen diesen Fällen um Feststellung der Folgerungen aus der gegenüber jedem Indossatar selbständigen Verpflichtungskraft einer etwa gültig abgegebenen Verpflichtungserklärung (vgl. Mot. z. Entw. I BGB. 2 561). Was in WO. unter Einreden verstanden ist, die „aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen", ist in § 364 Abs. 2 geteilt in Einwendungen, „welche die Gültigkeit seiner (des Erklärenden) Erklärung in der Urkunde betreffen" und solche, die „sich aus dem Inhalt der Urkunde ergeben" (Staub S. 1160 Fußnote 1, 2). — Die drei in § 364 Abs. 2 erwähnten Fälle schließen einander nicht aus; derselbe Tatbestand kann unter mehrere derselben einreihbar sein. — Erfolgt die Abtretung der Rechte aus einem nicht indossierbaren Papier (z. B. einem nicht an Order gestellten Verpflichtungsschein) dennoch tatsächlich in Form des Indossaments, so hat letzteres keine die Einreden beschränkende Wirkung (RG. 32 83). — Über die Frage, ob bei Beförderungsversicherungspolizen noch andere als die in § 364 Abs. 2 aufgeführten Einwendungen zugelassen werden müssen, vgl. § 899 Abs. 4, Lehmann Nr. 10.

2. **Einwendungen, welche die Gültigkeit der (urkundlichen) Erklärung betreffen.**

   Hierzu gehört z. B. der Einwand, daß die Unterschrift nicht von demjenigen herrührt, als dessen Unterschrift sie sich ausgibt, oder daß jemand, der als Vertreter unterzeichnet hat, nicht zur Vertretung ermächtigt war, oder daß der Unterzeichnende geschäftsunfähig war. Aber auch die Einwände des Irrtums und der Täuschung müssen zugelassen werden (ebenso Lehmann Nr. 7; dagegen Staub Anm. 6, Düringer-Hachenburg Anm. IV) in den Grenzen, in denen sie nach BGB. §§ 119ff. überhaupt möglich sind (vgl. insbesondere BGB. § 122, § 123 Abs. 2 Satz 2; vgl. auch HGB. § 182 Anm. IId), und soweit der Willensmangel bei Abgabe der urkundlichen Erklärung, nicht etwa nur bei dem der Erklärung zu grund liegenden Rechtsgeschäft (z. B. RG. 34 79) vorhanden war. Denn § 364 Abs. 2 zieht nur die Folgerungen aus der gegenüber jedem Indossatar selbständigen Verpflichtungskraft der Erklärung, das Ziehen dieser Folgerungen setzt daher voraus, daß die Erklärung selbst in gültiger Weise abgegeben, und daß sie nicht durch Anfechtung rückwirkend (BGB. § 142) nichtig geworden ist. Nicht zulässig dagegen ist der Einwand des Scheins (ebenso nach früherem Recht ROH. 6 60, vgl. Bolze 3 Nr. 800), da BGB. § 405 auch auf das Indossament anzuwenden ist (oben Anm. Ib; ebenso Lehmann Nr. 7), es sei denn, daß der Indossatar bei Abschluß des Begebungsvertrags den Sachverhalt kannte oder kennen mußte.

   Zu den Einwendungen, „welche die Gültigkeit der Erklärung in der Urkunde betreffen", ist auch der Einwand zu rechnen, daß — wenngleich die gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger abgegebene Erklärung zu Recht bestehe — die Eingehung einer selbständigen Verpflichtung gegenüber den Indossataren (mittels Aufnahme der Orderklausel) ungültig sei, weil derartige Papiere nicht indossierbar seien, z. B. beim Verpflichtungsschein wegen Abhängigmachung von einer Gegenleistung oder wegen mangelnder Kaufmanns-

eigenschaft des Verpflichteten. Ebenso Lehmann Nr. 8, Düringer-Hachenburg Anm. IV 1c; dagegen Staub Anm. 7, der den Einwand mangelnder Kaufmannseigenschaft nur gelten lassen will, wenn der Mangel aus dem Inhalt der Urkunde sich ergibt.

Zulässig ist auch der Einwand der Verfälschung der Urkunde. Doch hat der Schuldner die Verfälschung zu beweisen (RG. 47 68). Durch Verfälschung wird die ursprüngliche Urkunde und die auf ihr beruhende urkundliche Verpflichtung nur dann beseitigt, wenn der ursprüngliche Inhalt ganz beseitigt wird, wie z. B. bei Radierungen, Ab- und Ausschneiden wesentlicher Teile; dagegen bleibt bei bloßen verfälschenden Zusätzen die urkundliche Verpflichtung in derjenigen Weise wie sie als ursprünglich übernommmen erkennbar ist, bestehen (RG. 54 388).

3. Einwendungen, welche sich aus dem Inhalt der Urkunde ergeben. Hierzu gehört z. B. der Einwand mangelhafter Form der Erklärung des Schuldners oder der Erklärung des Indossanten. Sodann der Einwand, daß die Erklärung eine Einschränkung, z. B. Bedingung oder Befristung, enthalte und entweder die Bedingung nicht erfüllt, die Frist nicht eingetreten sei, oder die Hinzufügung einer solchen Einschränkung die Indossierbarkeit der Urkunde ausschließe. Ferner der Einwand der Verjährung oder einer durch Vermerk auf der Urkunde dargetanen Stundung oder Zahlung. In mehreren der vorerwähnten Fälle kann der Einwand unter Umständen gleichzeitig auch unter die zu 2 erwähnten Einwendungen fallen. — Nicht zulässig dagegen ist der Einwand, daß der im Schein angegebene Verpflichtungsgrund in Wahrheit nicht entstanden sei; so z. B. der Einwand, daß der Schein, laut welchem jemand bekennt, ein Darlehn empfangen zu haben, und sich zur Rückzahlung verpflichtet, vor wirklichem Empfang des Darlehns aus der Hand gegeben und das Darlehn in Wahrheit nicht gegeben sei (RG. 12 99, 14 101), oder der Einwand, daß die Güter, über welche im voraus das Konnossement ausgestellt und ausgehändigt war, demnächst nicht abgeladen worden seien (RG. 20 56, 34 79; vgl. jedoch § 446 Anm. I b 5).

4. Einwendungen, welche dem Schuldner unmittelbar gegen den Besitzer der Urkunde zustehen. Hierzu gehören der Einwand der Aufrechnung mit einer dem Schuldner gegenüber dem betreffenden Besitzer zustehenden Gegenforderung sowie der Einwand einer von dem betreffenden Besitzer bewilligten Stundung. Ebenso der Einwand, daß das hingegebene Blankett abredewidrig ausgefüllt sei und der Nehmer mithin den Inhalt der Urkunde, soweit dieser Inhalt abredewidrig sei, nicht geltend machen dürfe (RG. 55 338). Dem ersten Nehmer gegenüber können auch alle Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis geltend gemacht werden, das der Begebung der Urkunde zu grund liegt (ROH. 7 210, 13 74). So insbesondere auch Mangel der vorgeschriebenen gerichtlichen Form; nicht aber auch Mangel der vorgeschriebenen schriftlichen Form, weil insoweit die Schriftform der Urkunde genügenden Ersatz bietet (RG. 51 113). — Einwendungen, die dem Schuldner gegen den Vormann des Besitzers der Urkunde zustehen, können nur geltend gemacht werden, wenn aus besonderem Rechtsgrund der Besitzer sie auch gegen sich gelten lassen muß. So z. B. wenn er nur als Treuhänder (= Inkassomandatar) die Rechte aus der Urkunde geltend macht (RG. 33 146, 57 64; vgl. § 252 Anm. II a). Oder wenn er in Kenntnis der dem Schuldner gegen den Vormann zustehenden Einwendungen die Urkunde erworben hat, um in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise jene Einwendungen abzuschneiden (BGB. § 826, RG. 57 65) oder sonst in bösem Glauben (§ 365 Anm. III); einerseits braucht indessen nicht notwendig ein Zusammenwirken mit dem Vormann zur Erreichung des letzteren Zwecks vorzuliegen (was ständige Rechtsprechung ist z. B. ROH. 23 338, und von Lehmann Nr. 9, Düringer-Hachenburg Anm. IV 3c vertreten wird), andererseits genügt nicht allein die Kenntnis von dem Vorliegen jener Einwendungen (was Staub Anm. 14, außer bei Ausstellung aus Gefälligkeit annimmt; gegen Staub: RG. 57 65, Goldmann Nr. 2, 13; vgl. RG. 48 232). Oder falls der Wechselerwerb grobfahrlässig erfolgte (§ 365 Anm. III). — Über die Einrede, daß der Besitzer nicht durch Begebungsvertrag erworben habe, oben Anm. III a. — Bei dem Bodmereibrief ist nach § 686 Abs. 3 auch gegen den Indossatar der Einwand

zulässig, daß der Schiffer zur Eingehung des Geschäfts überhaupt oder in dem vorliegenden Umfang nicht ermächtigt gewesen sei. — Bei dem Prokuraindossament (§ 363 Anm. VII d 4) sind nicht Einwendungen zulässig, die dem Schuldner gegen den Prokuraindossatar, sondern nur solche, die ihm gegen den Prokuraindossanten zustehen.

IV. **Leistungspflicht nur gegen Aushändigung der quittierten Urkunde.**

a. **Leistungspflicht.** Da nicht gesagt ist, wo Zahlung gegen Aushändigung stattfinden soll, so folgt aus der Vorschrift, daß nur gegen Aushändigung der Urkunde Zahlung verlangt werden kann, nichts darüber, ob die verbriefte Schuld im Einzelfall Bringschuld oder Holschuld ist (dagegen Lehman Nr. 11). — Statt Leistung ist Hinterlegung zulässig, wenn die Voraussetzungen des BGB. § 372 vorliegen (RG. 53 209); doch darf, wer aus einer indossierten Urkunde schuldet, nur dann wegen Ungewißheit des Gläubigers hinterlegen, falls er wußte oder ohne grobe Fahrlässigkeit annehmen durfte, daß der Zahlung heischende Papierbesitzer nicht Papierberechtigter sei (RG. 55 49). — Teilzahlung braucht der Gläubiger nicht anzunehmen (BGB. § 266; WO. Art. 38 ist nicht entsprechend anwendbar; Staub Anm. 18). Nimmt er sie an, so ist entsprechend anzuwenden WO. Art. 39 Satz 2:

„Hat der Wechselschuldner eine Teilzahlung geleistet, so kann derselbe nur verlangen, daß die Zahlung auf den Wechsel abgeschrieben und ihm Quittung auf einer Abschrift des Wechsels erteilt werde."

b. **Aushändigung mit Quittung.** Die Vorschrift des § 364 Abs. 3, daß nur gegen Aushändigung der Urkunde Leistung beansprucht werden kann, entspricht den für Schuldscheine und Inhaberschuldverschreibungen geltenden Bestimmungen des BGB. §§ 371, 797 Satz 1. Daß nur gegen Quittung Leistung bewirkt zu werden braucht, ergibt sich bereits aus der allgemeinen Bestimmung des BGB. § 368; im Sonderfall des HGB. § 364 Abs. 3 kann aber (ebenso wie nach Art. 39 Satz 1 WO. beim Wechsel) weitergehend verlangt werden, daß die Quittung auf die Urkunde gesetzt wird (insbesondere für den Ladeschein vgl. § 448, für den Bodmereibrief vgl. § 688 Abs. 2). — Über den Fall der Vernichtung oder des Abhandenkommens der Urkunde vgl. § 365 Anm. IV b.

§ 365.

Form des Indossaments, Besitzerrecht, Herausgabepflicht, Aufgebot.

In Betreff der Form des Indossaments, in Betreff der Legitimation des Besitzers und der Prüfung der Legitimation sowie in Betreff der Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe, finden die Vorschriften der Artikel 11 bis 13, 36, 74 der Wechselordnung entsprechende Anwendung.

Ist die Urkunde vernichtet oder abhanden gekommen, so unterliegt sie der Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens. Ist das Aufgebotsverfahren eingeleitet, so kann der Berechtigte, wenn er bis zur Kraftloserklärung Sicherheit bestellt, Leistung nach Maßgabe der Urkunde von dem Schuldner verlangen.

ADH. Art. 305. Entw. I § 337. Entw. II § 357.

I. Form des Indossaments.
II. Legitimation des Besitzers und Prüfung der Legitimation.
III. Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe.
IV. Vernichtete oder abhandengekommene Urkunde.

I. **Form des Indossaments.** Nach § 365 Abs. 1 ist entsprechend anzuwenden WO. Art. 11—13:

Art. 11. „Das Indossament muß auf den Wechsel, eine Kopie desselben oder ein mit dem Wechsel oder der Kopie verbundenes Blatt (Allonge) geschrieben werden."

Art. 12. „Ein Indossament ist giltig, wenn der Indossant auch nur seinen Namen oder seine Firma auf die Rückseite des Wechsels oder der Kopie, oder auf die Allonge schreibt (Blanko-Indossament)."

Art. 13. „Jeder Inhaber eines Wechsels ist befugt, die auf demselben befindlichen Blanko-Indossamente auszufüllen; er kann den Wechsel aber auch ohne diese Ausfüllung weiter indossieren."

Ein Blanko-Indossament liegt nicht nur dann vor, wenn der Indossant nichts weiter als seinen Namen auf die Rückseite des Wechsels schreibt; es kann vielmehr auch dann vorliegen, wenn der Indossant zur Zeichnung seines Namens und vor denselben noch andere Worte hinzusetzt (RG. 46 47). Nur für das lediglich im Schreiben des eigenen Namens bestehende Blanko-Indossament ist vorgeschrieben (WO. Art 12), daß es auf der Rückseite stehen müsse. Vollindossamente und mehr als die bloße Namensunterschrift enthaltende Blanko-Indossamente sind als solche wirksam auch, wenn sie auf der Vorderseite der Urkunde stehen; nur muß aus der Urkunde sich klar ergeben, daß wirklich ein Indossament und nicht nur eine gewöhnliche Abtretung gewollt war. Ein aus der Urkunde Berechtigter, der auf die Rückseite seinen Namen schreibt, gilt als blankoindossierend, wenn nicht aus einem etwaigen Zusatz deutlich hervorgeht, daß er kein Blanko-Indossament erklären wollte (RG. 46 49). — Das Recht aus einer mit Blanko-Indossament versehenen Urkunde ist außer auf die in WO. Art. 13 erwähnte Weise auch übertragbar durch formlosen Begebungsvertrag (RG. 46 48); dennoch ist eine solche Urkunde nicht Inhaberpapier. Die bloße Erlangung der mit Blanko-Indossament versehenen Urkunde ohne Begebungsvertrag ist nicht ausreichend (RG. 35 76); doch ist der Schuldner beweispflichtig für das Mangeln des Begebungsvertrags (§ 364 Anm. I a). — Das Indossament bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form; ein Übertragungsvermerk, bei dem der Name des Übertragers in solcher Weise auf das Papier gesetzt ist, daß er nicht als Unterschrift gelten kann, ist daher (BGB. § 126) kein Indossament (RG. 41 118). Doch kann ein nicht unterschriebener Vermerk verwendet werden als Beweismittel dafür, daß eine Abtretung erfolgen sollte, oder auch — falls nämlich der Vermerk inhaltlich sich einem Prokura-Indossament nähert — daß keine Abtretung sondern eine Bevollmächtigung erfolgen sollte (RG. 41 119, RG. 17 I 00 JW. 255 [11]).

II. **Legitimation des Besitzers und Prüfung der Legitimation.** Nach § 365 Abs. 1 ist entsprechend anzuwenden WO. Art. 36:

„Der Inhaber eines indossierten Wechsels wird durch eine zusammenhängende, bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten als Eigentümer des Wechsels legitimiert. Das erste Indossament muß demnach mit dem Namen des Remittenten, jedes folgende Indossament mit dem Namen desjenigen unterzeichnet sein, welchen das unmittelbar vorhergehende Indossament als Indossatar benennt. Wenn auf ein Blanko-Indossament ein weiteres Indossament folgt, so wird angenommen, daß der Aussteller des letzteren den Wechsel durch das Blanko-Indossament erworben hat. Ausgestrichene Indossamente werden bei Prüfung der Legitimation als nicht geschrieben angesehen. Die Echtheit der Indossamente zu prüfen, ist der Zahlende nicht verpflichtet."

Der Schuldner muß, um sicher zahlen zu können, prüfen: erstens, ob jedes einzelne Indossadossament formgerecht ist, zweitens, ob die vorhandenen Indossamente eine zusammenhängende Reihe bilden, und drittens, ob die Person, an die er zahlt, diejenige ist, die nach Inhalt der Urkunde so legitimiert ist. Eine zusammenhängende Reihe ist auch dann vorhanden, wenn es eine Person des in einem Indossament als Indossatar und im nächsten Indossament als Indossant genannten Namens nicht gibt (RG. 55 48). Ist die zusammenhängende Reihe der Indossamente unterbrochen, so kann die Lücke durch den Nachweis eines in anderer Weise als durch Indossament eingetretenen Rechtsübergangs ausgefüllt werden, z. B. gewöhnliche Abtretung, Erbgang; daß dieser Nachweis durch Urkunden geführt wird, ist nicht notwendig, (Düringer-Hachenburg Anm. II 2, Staub Anm. 7). Unerheblich ist, ob das Indossament vor oder nach Verfall (oder etwaigem Protest) auf die Urkunde gesetzt ist (RG. 48 232). Ein etwaiges förmlich mangelhaftes und daher als nicht vorhanden zu erachtendes Indossament unterbricht nicht die Reihe, wenn das vorhergehende ein Blankoindossament ist (RG. 50 26). Ebenso nicht ein Vermerk anderen Inhalts, z. B. ein Empfangsbekenntnis (RG. 61 186). — Wenngleich der Schuldner in der Regel nicht verpflichtet ist, die Echtheit der Indossamente zu prüfen, so ist er doch hierzu berechtigt (RG. 53 207). In-

dessen greifen, soweit nicht das letzte, sondern ein früheres Indossament in Betracht kommt, die ausdehnend auszulegende Vorschrift des Art. 74 WO. und die allgemeine, für Gutgläubigkeit sprechende Vermutung dahin ein, daß der Schuldner Einwendungen aus der Unechtheit früherer Indossamente nur dann geltend machen kann, wenn er gleichzeitig die Bösgläubigkeit desjenigen beweist, der sich jetzt auf die Urkunde stützt (Staub WO.[4] Art. 36 § 25). Ist ein mit einfachem (nicht Prokura-)Indossament versehenes Orderpapier dem durch das Indossament Legitimierten hingegeben, so wird vermutet, daß dies zwecks Übertragung zu eignem Recht des Empfängers geschehen ist (RG. 4 148). Gegenüber der förmlichen Berechtigung aus dem Wortlaut des letzten Indossaments kann aber der sachliche Einwand des mangelnden Begebungsvertrags (§ 364 Anm. IIIa) erhoben werden. Die Bekämpfung der sachlichen Berechtigung des Vorzeigers der Urkunde, soweit diese Bekämpfung nach Vorstehendem zulässig, wird zur Pflicht des Schuldners gegen den, gegenüber welchem er sich auf die erfolgte Zahlung berufen will, wenn der Schuldner weiß oder wissen muß, daß der Vorzeiger den Wechsel bösgläubig oder grob fahrlässig erworben hat (RG. 53 207, 55 49).

III. **Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe.**

Nach § 365 Abs. 1 ist entsprechend anzuwenden WO. Art. 74:

„Der nach den Bestimmungen des Art. 36 legitimierte Besitzer eines Wechsels kann nur dann zur Herausgabe desselben angehalten werden, wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei der Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt."

Die vorstehende Bestimmung wird ausdehnend dahin ausgelegt, daß sie nicht nur darüber bestimme, unter welchen Voraussetzungen der Besitzer der Urkunde sich gegenüber einem Herausgabeanspruch verteidigen könne, sondern allgemein über den gutgläubigen, durch Indossament vermittelten Erwerb des Rechts an der urkundlich verbrieften Forderung, mithin auch darüber, unter welchen Voraussetzungen der sein Recht von einem Nichtberechtigten ableitende Besitzer der Urkunde die Rechte aus derselben angriffsweise geltend machen dürfe (vgl. RG. 32 30, 45 265, 53 207, Staub WO.[4] Art. 74 § 10). Hiernach darf der Klage des förmlich Legitimierten die Einrede des bösgläubigen Erwerbs (wobei jedoch bloße Kenntnis der im inneren Verhältnis des Begebenden zu einem Dritten bestehenden Unterlassungspflicht des ersteren nicht genügt, § 364 Anm. IIIb 4) und die Einrede des grobfahrlässigen Erwerbs (wobei in der Regel nicht zwischen Nichtbefugtsein des Begebers zur Leistung der Unterschrift und Nichtbefugtsein zur Begebung unterschieden werden kann; dagegen RG. 57 391) entgegengesetzt werden. So ausgelegt gibt WO. Art. 74 und mithin auch HGB. § 365 Abs. 1 für die unter diese Bestimmungen fallenden (nicht auch andere, RG. 22 185) durch indossierte Orderurkunden verbrieften Rechte eine Regel, die, wenn man gemäß der herrschenden Ansicht BGB. § 932 Abs. 2 nicht ausdehnend auslegt (§ 366 Anm. Ib 1), bezüglich des Schutzes des guten Glaubens noch etwas hinausgeht über die in BGB. §§ 932 ff., HGB. § 366 enthaltenen Regeln für den Schutz des guten Glaubens bei Erwerb eines durch Inhaberpapier verbrieften Rechts. Denn bei diesen indossierten Orderurkunden ist hiernach, selbst wenn die Veräußerung oder Verpfändung nicht durch einen Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes geschehen war, der gute Glaube auch dann geschützt, falls der Erwerber zwar wußte, daß der Verfügende nicht Eigner des verbrieften Rechts war, aber irrig annahm, daß er berechtigt sei, für den Eigner darüber zu verfügen (Staub Anm. 9).

Nach Staub Anm. 9 soll auch noch nach anderer Richtung der in WO. Art. 74 HGB. § 365 Abs. 1 gewährte Schutz des guten Glaubens über den in BGB. §§ 932 ff. HGB. § 366 bei Inhaberpapieren gewährten hinausgehen, dahin nämlich, daß es nach WO. Art. 74 HGB. § 365 Abs. 1 auch nicht auf das Vorhandensein der in Wahrheit mangelnden Geschäftsfähigkeit des Indossanten ankomme. Dies ist jedoch nicht zuzugeben. In WO. Art. 74 ist vorausgesetzt, daß der Besitzer gemäß Art. 36 legitimiert sei; war aber der letzte Indossant (bei Blanko-Indossament der letzte Blankobegeber) geschäftsunfähig, so mangelt es an einem gültigen Begebungsvertrag zwischen ihm und dem jetzigen Besitzer, letzterer ist daher nicht gemäß Art. 36 legitimiert (§ 364 Anm. IIIa; ebenso Düringer-Hachenburg Anm. II 3; dagegen ROH. 23 358). War ein früherer Indossant geschäftsunfähig, so ist nach WO. Art. 74 allerdings gutgläubiger

Erwerb möglich (worin, da Erwerb vom Geschäftsunfähigen ein Abhandenkommen in sich schließt [§ 367 Anm. IIb], eine anzuerkennende [dagegen Düringer-Hachenburg Vorbem. zu §§ 366, 367 Anm. IV 3a] Ausnahme von BGB. § 935 Abs. 1 liegt); aber für Inhaberpapiere gilt in dieser Beziehung nichts anderes, denn nach BGB. § 935 Abs. 2 können auch sie gutgläubig erworben werden, trotzdem sie einem Vorbesitzer abhanden gekommen waren. — Über den Schutz des guten Glaubens bei Verfügungspapieren vgl. § 424 Anm. IIb.

IV. **Vernichtete oder abhandengekommene Urkunde.** Über den Begriff des „Abhandenkommens" vgl. § 367 Anm. IIb. Der § 365 Abs. 2 ist anwendbar für alle in § 363 aufgeführten Arten von Urkunden (D. 205).

a. **Aufgebot.** Das Aufgebotsverfahren ist näher geregelt in CPO. §§ 1003ff. Abweichend von den auch für die Namenaktie geltenden Bestimmungen des HGB. § 228 ist in § 365 Abs. 2 nicht die entsprechende Anwendbarkeit von BGB. §§ 799 Abs. 2, 800 vorgeschrieben. Mithin kann nicht Ausstellung einer neuen Urkunde an Stelle der alten verlangt werden (ebenso Staub Anm. 12, Lehmann Nr. 4); auch ist wohl nicht aus allgemeinen Grundsätzen eine Verpflichtung des Ausstellers ableitbar, dem bisherigen Besitzer die zur Erwirkung des Aufgebots oder der Zahlungssperre erforderliche Auskunft zu erteilen und die erforderlichen Zeugnisse auszustellen.

b. **Leistungsverlangen nach Einleitung des Aufgebotsverfahrens.** Ein solches Verlangen kann nach § 365 Abs. 2 gestellt werden, falls Sicherheit (BGB. §§ 232ff.) seitens des aus der Urkunde Berechtigten geleistet wird; der Berechtigte hat nicht die Wahl, statt dessen ohne eigene Sicherheitsleistung zu verlangen, daß der Schuldner Sicherheit leiste. Hierin liegt eine beabsichtigte Abweichung von dem für den Wechsel in WO. Art. 73 Bestimmten und zum Teil vom früheren Recht bezüglich der in § 365 behandelten Urkunden (D. 205). — Nachdem das Ausschlußurteil ergangen, ist derjenige, der es erwirkt hat, dem aus der Urkunde Verpflichteten gegenüber berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen (CPO. § 1018 Abs. 1). Umgekehrt besteht keine Leistungsverpflichtung außer gegen Aushändigung der Urkunde (§ 364 Anm. IV) oder des Ausschlußurteils (vgl. ROH. **19** 278, RG. **49** 140).

IX. Schutz Gutgläubiger (§§ 366, 367).

§ 366.

Veräußerung oder Pfandrechtsschaffung bei Beweglichem.

Veräußert oder verpfändet ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugniß des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigenthümer zu verfügen, betrifft.

Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube die Befugniß des Veräußerers oder Verpfänders, ohne Vorbehalt des Rechtes über die Sache zu verfügen, betrifft.

Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters und des Frachtführers steht hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens einem gemäß Abs. 1 durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich.

ADH. Art. 306. **Entw. I** § 338. **Entw. II** § 358.

I. Verhältnis zum BGB.

a. Die einschlagenden Vorschriften des BGB. lauten:

1. Übertragung des Eigentums an Beweglichem.

§ 929. „Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums."

§ 930. „Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt."

§ 931. „Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt."

2. Einfluß der Veräußerung durch Nichtberechtigten auf Eigentum.

§ 932. „Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte.

Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört."

§ 933. „Gehört eine nach § 930 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber Eigentümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird, es sei denn, daß er zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist."

§ 934. „Gehört eine nach § 931 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruchs, anderenfalls dann Eigentümer, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt, es sei denn, daß er zur Zeit der Abtretung oder des Besitzerwerbes nicht in gutem Glauben ist."

§ 935. „Der Erwerb des Eigentums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Das Gleiche gilt, falls der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden." (Hierzu vgl. HGB. § 367.)

3. Einfluß der Veräußerung durch Nichtberechtigten auf belastende Rechte Dritter.

§ 936. „Ist eine veräußerte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erlischt das Recht mit dem Erwerbe des Eigentums. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte. Erfolgt die Veräußerung nach § 930 oder war die nach § 931 veräußerte Sache nicht im mittelbaren Besitze des Veräußerers, so erlischt das Recht des Dritten erst dann, wenn der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz der Sache erlangt.

Das Recht des Dritten erlischt nicht, wenn der Erwerber zu der nach Abs. 1 maßgebenden Zeit in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist.

Steht im Falle des § 931 das Recht dem dritten Besitzer zu, so erlischt es auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht."

4. Einfluß der Pfandrechtsschaffung durch Nichtberechtigten.

§ 1207. „Gehört die Sache nicht dem Verpfänder, so finden auf die Verpfändung die für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften der §§ 932, 934, 935 entsprechende Anwendung."

§ 1208. „Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so geht das Pfandrecht dem Rechte vor, es sei denn, daß der Pfandgläubiger zur Zeit des Erwerbes des Pfandrechts in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist. Die Vorschriften des § 932 Abs. 1 Satz 2, des § 935 und des § 936 Abs. 3 finden entsprechende Anwendung."

§ 1257. „Die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht finden auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung."

§ 1293. „Für das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere gelten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen."

b. **Inwieweit weicht § 366 HGB. vom BGB. ab?**

1. Wirkung gutgläubigen Eigentumserwerbs auf bisheriges Eigentum (Verhältnis zu BGB. § 932 Abs. 2). Der § 366 Abs. 1 HGB. ersetzt den § 932 Abs. 2 BGB. durch eine Vorschrift des Inhalts:

„Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß der Veräußerer weder Eigentümer noch ermächtigt ist, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen."

Ob hierin für alle Fälle eine Abweichung vom BGB. zu erblicken (so D. 206) oder ob für einige Fälle nur eine Klarstellung des bereits aus BGB. § 932 Abs. 2 durch die erforderliche beschränkende Auslegung zu Entnehmenden, hängt davon ab, ob man für das bürgerliche Rechte an dem starren Wortlaut des § 932 Abs. 2 festhält (so Planck[3] Vorbem. 2c zu §§ 932—935 und herrschende Meinung gegen Wendt ArchZivPrax. 89 61 ff.; für ausdehnende Auslegung des BGB. auch Lehmann ZHR. 52 23 Anm. 34) oder vielmehr zugibt (man denke z. B. an den Fall, daß der Eigentümer den Veräußerer dem Erwerber als Treuhänder ausdrücklich bezeichnet hat, vgl. auch BGB. § 185 Abs. 1, § 1242 Abs. 1), daß es auch nach BGB. Fälle geben kann, in denen trotz Kenntnis davon, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört, der Erwerber in gutem Glauben ist, mithin (§ 932 Abs. 1 Satz 1 BGB.) Eigentum erwirbt. Die Ansicht, daß am Wortlaut des BGB. § 932 Abs. 2 festzuhalten sei, führt auch zu der unerwünschten Folgerung, daß bei den indossierten Orderpapieren des Handelsrechts der gutgläubige Erwerb in weiterem Umfang geschützt ist als bei Inhaberpapieren; oben § 365 Anm. III.

2. Wirkung gutgläubigen Eigentumserwerbs auf belastende Rechte (Verhältnis zu BGB. § 936 Abs. 2). Der § 366 Abs. 2 HGB. enthält eine dem Verhältnis des Abs. 1 zu BGB. § 932 Abs. 2 entsprechende Ersetzung der in § 936 Abs. 2 BGB. vorausgesetzten Begriffsbestimmung des „guten Glaubens in Ansehung des Rechts". Ob hierin in der Tat eine sachliche Abweichung vom BGB. liegt, ist wegen Mangels einer ausdrücklichen dem § 932 Abs. 2 entsprechenden Bestimmung in § 936 noch in höherem Grad zweifelhaft als für den Fall oben zu 1. — Überdies ist für den Hauptfall, daß nämlich das bisherige belastende Recht ein Pfandrecht war, der § 366 Abs. 2 fast nur dann erheblich, wenn die veräußerte oder verpfändete Sache Geld oder Inhaberpapier oder im Weg öffentlicher Versteigerung veräußert ist (vgl. Düringer-Hachenburg Anm. III); denn entweder war die Sache freiwillig dem Veräußerer (bezw. Verpfänder) ausgehändigt worden, und dann war das belastende Pfandrecht schon hierdurch erloschen (BGB. § 1253), oder der Veräußerer (bezw. Verpfänder) hatte auf andere Weise die Sache erlangt, und dann wird in der Regel letztere dem früheren Besitzer „abhanden gekommen" sein und darum der Erwerber nur in den obigen Ausnahmefällen Rechte erwerben können (unten Anm. III d).

3. Verhältnis zu den auf BGB. §§ 932, 936 verweisenden Bestimmungen.

Die zu 1 und 2 erörterten anderweitigen Aussagen über den Begriff „guter Glaube" treten, sofern die Voraussetzungen des HGB. § 366 vorliegen, an die Stelle der Aussage des BGB. § 932 Abs. 2 (bezw. der in BGB. § 936 Abs. 2 vorausgesetzten) auch für die Anwendung aller sonstigen auf Veräußerung und Verpfändung bezüglichen Vorschriften des BGB., in denen ausdrücklich oder durch Gebrauch der Worte „guter Glaube" auf BGB. §§ 932, 936 Bezug genommen ist. So nicht nur bei Anwendung des BGB. §§ 933—935, 1207 ff., sondern auch (Staub Anm. 69—72) z. B. bei Anwendung des BGB. §§ 135 Abs. 2, 136 (Veräußerungsverbot), § 161 Abs. 3 (schwebende Bedingung), §§ 2113 Abs. 3, 2129 Abs. 2 (Verfügungen des Vorerben), § 2211 Abs. 2 (Verfügung des Erben während Testamentsvollstreckung); jedoch nur falls die betreffende Verfügung eine Veräußerung, Verpfändung oder die Herbeiführung der Voraussetzungen für das Entstehen eines der fünf in § 366 Abs. 3 aufgezählten oder eines von den der gleichen Regel folgenden (unten Anm. IIc 1) gesetzlichen Pfandrechten ist. Ebenso bei Anwendung von CPO. § 266 Abs. 2, § 325 Abs. 2 (Rechtsnachfolge während Rechtsstreits). Endlich auch bei Anwendung des BGB. §§ 990, 1007, 1227 (Ansprüche aus Eigentum und Pfandbesitz). Dagegen nicht auch bei Anwendung der Vorschriften über Ersitzung (BGB. § 937), Fruchterwerb (BGB. §§ 955, 957), Bestellung eines Nießbrauchs (BGB. §§ 1032, 1058, 1065; ebenso Lehmann Nr. 3) und über das Entstehen anderer gesetzlicher Pfandrechte (BGB. § 1257; unten Anm. IIc).

Pfandveräußerung insbesondere. Für den Fall der Veräußerung einer Sache als Pfand durch jemand, dem nicht das Pfandrecht zusteht, erklärt BGB. 1244 unter den dort näher angegebenen Voraussetzungen (Verkauf gemäß § 1233 Abs. 2 oder Beobachtung der Vorschriften des § 1235 oder des § 1240 Abs. 2) die §§ 932—934, 936 für entsprechend anwendbar. Auch hier greift, da es sich um eine Veräußerung handelt, HGB. § 366 dahin ein, daß bei Vorliegen der ferneren Voraussetzungen des § 366 Abs. 1 (unten Anm. IIa 2—4) jene Vorschriften nicht nur dann anwendbar sind, wenn der Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit annahm, daß dem Veräußerer das Pfandrecht zustehe, sondern auch dann, wenn er zwar wußte, daß dem Veräußerer das Pfandrecht nicht zustehe, aber annahm, daß der Veräußerer ermächtigt sei, für den Pfandgläubiger die Sache als Pfand zu veräußern (vgl. unten Anm. Vb 3). Staub § 368 Anm. 62 ist zwar gleichfalls der Ansicht, daß § 366 auch im Fall des BGB. § 1244 zur Anwendung kommt, bezieht jedoch die hier vorgesehene entsprechende Anwendung des BGB. §§ 932—934, 936 und mithin auch des HGB. § 366 irrtümlich nicht auf die Frage, ob der Erwerber bezüglich des Rechts des Pfandgläubigers, sondern ob er bezüglich des Rechts des Verpfänders in gutem Glauben war; letzteres kommt aber nur in dem beschränkten Umfang in Betracht, in dem überhaupt die Gutgläubigkeit bezüglich des Rechts des Vormanns des Veräußerers erheblich ist (unten Anm. IIIc).

4. Im übrigen bleiben die Bestimmungen des BGB. §§ 932 ff., 1207 f. unberührt.

5. Mangelnde Kenntnis von einer Beschränkung des Verfügungsrechts der Ehefrau. Die §§ 1404, 1405 BGB., wie sie selbständig neben den Vorschriften der §§ 932 ff., 1207 f. BGB. stehen (eine Ausnahme von der vorausgesetzten entsprechenden Anwendbarkeit jener Vorschriften auf den Fall beschränkter Verfügungsfähigkeit des Eigentümers vorschreibend), bleiben unberührt auch neben den durch § 366 HGB. geänderten Vorschriften der §§ 932 ff., 1207 f. bestehen (streitig: unten Anm. Vb 3).

6. Verpflichtung des verfügenden Nichtberechtigten zur Herausgabe der Bereicherung. Unberührt bleibt die Vorschrift des BGB. § 816 Abs. 1:

> „Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt."

7. Gutgläubigkeit in Ansehung gesetzlicher Pfandrechte. Ob § 366 Abs. 3 HGB. in vollem Umfang eine Abweichung vom BGB. enthält, oder ob der Ton nur auf den Worten „gemäß Abs. 1“ liegt, während im übrigen das gesetzliche Pfandrecht dem vertraglichen ohnedies nach BGB. § 1257 gleichsteht, hängt von der streitigen (unten Anm. IIc 2) Auslegung des BGB. § 1257 ab. Nimmt man an, daß BGB. § 1257 nicht auch bezüglich der Bestellung des Pfandrechts auf BGB. §§ 1207, 1208 zurückverweist, so hat HGB. § 366 Abs. 3 die Bedeutung, daß auf die dort genannten Pfandrechte nicht nur HGB. § 366 Abs. 1 und 2, sondern auch BGB. §§ 1207, 1208 für anwendbar erklärt werden.
8. Nichtgrob-fahrlässige Nichtkenntnis eingetragener und bekanntgemachter Tatsachen. Zweifelhaft ist, ob in Fällen, in denen der Irrtum des Erwerbers darauf beruht, daß dieser eine im Handelsregister eingetragene und bekannt gemachte Tatsache fahrläsiger Weise, aber ohne grobe Fahrlässigkeit, nicht kennt, der § 15 Abs. 2 HGB. als Ausnahme von BGB. § 932 Abs. 2, HGB. § 366 oder umgekehrt letztere Vorschrift als Ausnahme von ersterer aufzufassen ist, ob mithin in diesem Sonderfall schon geringe Fahrlässigkeit oder auch dann nur grobe Fahrlässigkeit den guten Glauben ausschließt. Für letzteres Staub Anm. 24, Lehmann Nr. 9. Der ersteren Ansicht ist jedoch der Vorzug zu geben, denn § 15 Abs. 2 schreibt für den Sonderfall des geringfahrlässigen Nichtkennens einer im Handelsregister eingetragenen und bekannt gemachten Tatsache allgemein vor, daß der Dritte sie „gegen sich gelten lassen“, d. h. doch: als ihm bekannt gegen sich gelten lassen, muß. Muß er dies aber, so steht er so, als wenn er diejenige Tatsache kannte, deren Nichtkennen allein unter Umständen seinen guten Glauben begründen konnte.
9. Eine Schwierigkeit ergibt sich daraus, daß BGB. § 932 Abs. 2 verneinend, HGB. § 366 aber bejahend gefaßt ist. Da jedoch das HGB. im allgemeinen ungenauer gefaßt ist als das BGB., so kann auf letzteren Umstand nicht entscheidendes Gewicht gelegt werden; und da der § 366 HGB. nicht als selbständige Bestimmung, vielmehr nur als Zusatz zu § 932 BGB. gewollt ist, so muß angenommen werden, daß die dem letzteren am besten entsprechende Fassung der neuen Bestimmung (vgl. oben zu 1) die beabsichtigte war. Dies ist erheblich unter anderem für die Verteilung der Beweislast (unten Anm. VI).
10. Streitig ist für das BGB., ob § 932 Abs. 2 BGB. den kontradiktorischen oder nur einen konträren Gegensatz zum Vorhandensein des „guten Glaubens“ enthält, ob mithin aus § 932 Abs. 2 BGB. eine Begriffsbestimmung des „guten Glaubens“ zu entnehmen, oder ob (so Dernburg [3] 3 § 98 [4]) dort nur ein Hauptbeispiel von Schlechtgläubigkeit aufgeführt ist. Da HGB. § 366 nur einen beschränkenden Zusatz zu § 932 Abs. 2 BGB. enthält, so bleibt jene Streitfrage auch für die Fälle, in denen der so beschränkte § 932 BGB. anzuwenden ist, dahin offen, daß zweifelhaft ist, ob die den Rechtserwerb ausschließende Schlechtgläubigkeit ausnahmsweise auch vorhanden sein kann, wenn der Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit annahm entweder, daß der Veräußerer Eigentümer, oder, daß er ermächtigt sei, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen.

II. **Die drei Fälle der Änderung des BGB. durch § 366 HGB.** Jeder der beiden Fälle zu a und b ist sowohl in Abs. 1 wie in Abs. 2 behandelt; nur setzt Abs. 2 zusätzlich voraus, daß „die“ (d. h. die dem Veräußerer oder Verpfänder nicht gehörige, durch einen Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes veräußerte oder verpfändete bewegliche) Sache mit dem Recht eines Dritten belastet ist. Der Fall c ist in Abs. 3 behandelt, und zwar sowohl mit Bezug auf die in Abs. 1 geordnete Wirkung betreffs Erwerbs des Eigentums, wie auch mit Bezug auf die in Abs. 2 geordnete Wirkung betreffs Erlöschens oder Zurücktretens von Belastungen.

a. **Veräußerung einer dem Veräußerer nicht gehörigen beweglichen Sache durch einen Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes.**

1. Veräußerung. Hierunter ist — wie in BGB. § 932 — nur eine freiwillige Veräußerung verstanden. Doch sind die Vorschriften des „bürgerlichen Rechts“, also auch des HGB., zu gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, durch

CPO. § 898 für anwendbar erklärt auch auf einen Erwerb durch rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung (CPO. § 894) und durch die vom Gerichtsvollzieher bewirkte Wegnahme einer beweglichen Sache auf Grund einer Verurteilung zur Eigentumsübertragung (CPO. § 897). Die freiwillige Veräußerung kann vorkommen in den vier Formen des BGB. § 929 Satz 1 (Einigung und Übergabe), § 929 Satz 2 (Übergabe kurzer Hand), § 930 (Besitzvertrag), § 931 (Abtretung des Herausgabeanspruchs). Jede dieser Formen hat eine andere Wirkung für die Frage, ob Eigentum auch bei Veräußerung seitens eines Nichtberechtigten erworben wird (BGB. §§ 932—934). Diese im BGB. geordneten Verschiedenheiten sind auch für den Fall des HGB. § 366 maßgebend (oben Anm. I b 4). Über Veräußerung durch Übergabe von Verfügungspapieren vgl. § 424 Anm. II. — „Veräußerung" in BGB. § 932 und HGB. § 366 ist — wie sich aus der Vergleichung mit BGB. § 929 ergibt (vgl. auch § 1 Anm. IX b) — gleichbedeutend mit „Eigentumsübertragung" (vgl. § 124 Anm. II b 2), letzteres Wort im Sinn der für die Erreichung des Erfolgs aufgewendeten Tätigkeiten (Besitzübertragung und Einigung), nicht im Sinn des erzielten Erfolgs (Eigentumsübergang) aufgefaßt. „Veräußerung" ist hier nicht etwa der zur Eigentumsübertragung verpflichtende Vertrag. Welcher Art dieser Vertrag im Einzelfall war, ist für die Auslegung des § 366 unerheblich.

2. Bewegliche Sache. Vgl. § 1 Anm. IX d. Aus der Vergleichung von BGB. §§ 929 ff. mit BGB. § 935 Abs. 2, § 1006 Abs. 1 Satz 2, § 1007 Abs. 2 Satz 2 und HGB. § 367 geht hervor, daß in BGB. §§ 929 ff. unter „bewegliche Sache" auch die durch Inhaberpapier verkörperte Forderung mitbegriffen ist; mithin (oben Anm. I b 4) gilt das Gleiche auch für HGB. § 366. — Für den Erwerb einer durch Orderpapier verkörperten Forderung dagegen gelten abweichende Regeln (vgl. § 222 Anm. IV a, §§ 364, 365); ebenso über den Erwerb der durch ein Ausweis-(Legitimations-)papier (z. B. Sparkassenbuch, Versicherungspolize) verkörperten Forderung (RG. 10 40, 29 302). — Die erleichternden Vorschriften über Erwerb einer beweglichen Sache vom Nichtberechtigten sind nicht entsprechend anwendbar auf Erwerb eines Rechts, insbesondere auch nicht auf Erwerb eines Firmenrechts (vgl. RG. 25 5).
3. Kaufmann. Vgl. § 1 Anm. IV, § 343 Anm. II b. Der § 366 ist daher namentlich nicht auf Veräußerung oder Verpfändung durch einen Handlungsgehilfen anwendbar, es sei denn, daß der Handlungsgehilfe nebenbei auch selbständiger Kaufmann ist. Unerheblich ist, ob auch der Erwerber Kaufmann ist (§ 345 Anm. III).
4. Im Betrieb seines Handelsgewerbes. Vgl. § 343 Anm. II c 3, § 344. Soweit nicht die Vermutung des § 344 eingreift, wird in der Regel nur aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses, auf Grund dessen die Einigung über das dingliche Geschäft stattfindet, die Frage der Betriebszugehörigkeit entschieden werden können (Lehmann Nr. 7).

b. **Verpfändung einer dem Veräußerer nicht gehörigen beweglichen Sache durch einen Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes.**

1. Verpfändung. Über die Form der Verpfändung bestimmt BGB. §§ 1205, 1206, 1293. Unter Verpfändung ist in HGB. § 366 — wie in BGB. §§ 1207 f. — nur eine freiwillige Verpfändung verstanden. Doch sind die Vorschriften des „bürgerlichen Rechts", also auch des HGB., zu gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, durch CPO. § 898 für anwendbar erklärt auch auf Erwerb des Pfandrechts durch rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung (CPO. § 894) und durch die vom Gerichtsvollzieher bewirkte Wegnahme einer beweglichen Sache auf Grund einer Verurteilung zur Bestellung des Pfandrechts (CPO. § 897). Eine Verpfändung ist auch in einer Verbodmung enthalten (§ 679). — Auf Bestellung anderer dinglicher Rechte findet § 366 keine Anwendung; insbesondere auch nicht auf Bestellung eines Nießbrauchs (oben Anm. I b 3; ebenso Staub Anm. 74), wenngleich hierauf die Vorschriften des BGB. §§ 932—936 für anwendbar erklärt sind (BGB. § 1032). Über gesetzliche Pfandrechte vgl. Anm. II c. — Auf das Pfändungspfandrecht sind, soweit die CPO. nichts anderes ergibt, die Vorschriften des BGB. anwendbar (RG. 61 333). Auf die Entstehung eines Pfändungspfandrechts sind jedoch nicht die Vorschriften des BGB.

zu gunsten derjenigen, die Rechte vom Nichtberechtigten herleiten, anwendbar, da CPO. § 804 nur im Verhältnis zu anderen Gläubigern, nicht aber im Verhältnis zum wahren Eigentümer, das Pfändungspfandrecht einem durch Vertrag erworbenen Faustpfandrecht gleichstellt (RG. 26 104; vgl. jedoch die hiermit unvereinbare Auslegung des § 804 CPO. in RG. 29 248), ebenso auch nicht — außer mit der Maßgabe in CPO. § 805 — im Verhältnis zu anderen dinglich Berechtigten (dagegen LG. I Berlin KGBl. 01 55). Mithin ist auch der § 366, da er nur soweit greift, wie die von ihm getroffenen Vorschriften des BGB., nicht anwendbar auf ein Pfändungspfandrecht (RG. 26 103).

2. Bewegliche Sache. Vgl. Anm. IIa 2. Inbegriffen sind Inhaberpapiere (vgl. BGB. § 1293, HGB. § 367). — Für Verpfändung von nicht durch Inhaberpapier verbrieften Rechten gelten abweichende Regeln (BGB. §§ 1273 ff.).
3. Kaufmann. Vgl. Anm. IIa 3.
4. Im Betrieb seines Handelsgewerbes. Vgl. Anm. IIa 4.

c. **Entstehen eines gesetzlichen Pfandrechts des Kommissionärs, Speditörs, Lagerhalters oder Frachtführers.**

1. Die in § 366 Abs. 3 erwähnten und die den gleichen Regeln folgenden Pfandrechte. Über die Fälle des Entstehens eines Pfandrechts der in § 366 Abs. 3 genannten Art vgl. §§ 397, 404, 410, 421, 440. Auch in den Fällen der §§ 406, 415, 451 ist § 366 Abs. 3 für anwendbar zu erachten. Nur in diesen Fällen eines gesetzlichen Pfandrechts steht nach § 366 Abs. 3 ein solches Pfandrecht einem „gemäß Abs. 1" durch Vertrag erworbenen Pfandrecht gleich, d. h. einem Pfandrecht, welches durch einen Kaufmann im Betrieb seines Handsgewerbes an einer beweglichen Sache bestellt ist. Die Folge dieser Gleichstellung ist dann die Anwendbarkeit nicht nur des Abs. 1, sondern auch des Abs. 2 auf ein solches gesetzliches Pfandrecht. Den in § 366 Abs. 3 aufgeführten Pfandrechten ist auch das Pfandrecht des Verfrachters von Gütern zur See (§ 623 Abs. 3) und auf Binnengewässern (BinnenSchG. § 26, HGB. § 440) sowie das Pfandrecht des Verfrachters von Reisegepäck auf Binnengewässern (BinnenSchG. § 77 Abs. 2) gleichgestellt. — Durch die Fassung der Vorschrift des § 366 Abs. 3 ist außer Zweifel gesetzt, daß für dessen Anwendung unerheblich ist, ob der Schuldner Kaufmann ist oder nicht (D. 207, OLG. Kiel 9 XII 01 OLGRspr. 6 97).
2. Andere gesetzliche Pfandrechte. Bezüglich anderer gesetzlicher Pfandrechte, insbesondere derjenigen des am Hinterlegten Berechtigten (BGB. § 233), Vermieters (BGB. § 559), Verpächters (BGB. §§ 581 Abs. 2, 585), Pächters (BGB. § 590), Unternehmers beim Werkvertrag (BGB. § 647), Gastwirts (BGB. § 704), Verfrachters von Reisegut zur See (HGB. § 674), ist keine Gleichstellung mit einem gemäß § 368 Abs. 1 bestellten Pfandrecht angeordnet. Bezüglich dieser Pfandrechte bewendet es daher bei dem beschränkteren im BGB. angeordneten Schutz gutgläubiger Erwerber (ebenso Biermann[2] BGB. § 1257 Anm. 2a, Lehmann Nr. 21; dagegen Staub § 368 Anm. 75, § 366 Anm. 58). Die Bestimmung des BGB. § 1257 greift nicht ein, denn dort bedeutet „die Vorschriften": „diejenigen des BGB.". Überdies ist der Ansicht beizupflichten, daß BGB. § 1257 überhaupt nicht auf BGB. §§ 1207, 1208 mit zurückverweist, da in § 1257 nur die Vorschriften über das bestellte Pfandrecht, nicht auch diejenigen über „Bestellung" für anwendbar erklärt sind (so Planck[2] § 1257 Anm. 3a, LG. I Berlin KGBl. 01 54, Goldmann KGBl. 00 56, anscheinend auch RG. 60 72; dagegen Scherer in DIZ. 00 202, Staub Anm. 58). — Ob diese Unterscheidung beabsichtigt war, ist allerdings zweifelhaft, da die D. 207 bemerkt: „Es leuchtet . . . ein, daß der Schutz des guten Glaubens nicht eine grundsätzlich verschiedene Regelung erfahren kann, je nachdem es sich um den Erwerb eines gesetzlichen oder eines vertragsmäßigen Pfandrechts handelt. Es erscheint daher notwendig, den Art. 306 ADH., soweit er über die Bestimmungen des BGB. hinausgeht, aufrecht zu erhalten." Der Art. 306 Abs. 3 ADH. lautete: „Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, Speditörs und Frachtführers steht einem durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich", erwähnte mithin gleichfalls nur einige gesetzliche Pfandrechte. — Über Zurückbehaltungsrechte vgl. § 369 Anm. IV b 1.

3. Auch Abs. 3 ist auf ein Pfandrecht an beweglichen Sachen (und Inhaberpapieren) zu beschränken (anscheinend dagegen Staub Anm. 65). Zwar kann ein gesetzliches Pfandrecht der in Abs. 3 genannten Art auch an einem „Wertpapier" entstehen (§§ 383, 397), und zu den Wertpapieren rechnet die Rechtsprechung (§ 179 Anm. IV b) und BGB. § 1296 auch einzelne Orderpapiere, und richtig ist auch, daß Abs. 3 „das", also jedes gesetzliche Pfandrecht der dort erwähnten Art, mithin auch z. B. das gesetzliche Pfandrecht eines Kommissionärs an einer Namenaktie, einem gemäß Abs. 1 erworbenen Pfandrecht gleichstellt; indessen selbst wenn ein gesetzliches Pfandrecht an Rechten hiernach mit in den Vordersatz von Abs. 1 und 2 aufzunehmen wäre, wird es doch durch die Bestimmungen im Nachsatz nicht getroffen, denn Abs. 1 und 2 geben eine neue Vorschrift nur für den Fall einer Verfügung „über die Sache", lassen daher bezüglich aller Verfügungen über ein Recht, mithin auch bezüglich derjenigen Verfügungen, die zur Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts an einem Recht führen, die Bestimmungen des BGB. unberührt. Über den Fall der Ausstellung eines Verfügungspapiers vgl. § 424 Anm. II.

III. **Wirkung einer Verfügung** (Anm. II a—c) **durch Nichtberechtigten auf das Recht des bisherigen Eigentümers.**

a. **Regel** ist, daß ein Nichtberechtigter kein Recht übertragen kann. So z. B. im Fall unten Anm. V b 2.

b. **Ausnahme** ist, daß die Verfügung desjenigen, der darum Nichtberechtigter ist, weil ihm die Sache nicht gehört, dem bisherigen Eigentümer entgegensteht, sobald nach näherer Maßgabe der §§ 932—934 BGB. Übergabe oder das dem Gleichgestellte erfolgt ist. Bestand die Verfügung in einer Veräußerung, so erlischt das bisherige Eigentum, und der Erwerber wird Eigentümer (BGB. § 932); bestand die Verfügung in einer Verpfändung, so bleibt zwar der bisherige Eigentümer auch in Zukunft Eigentümer, sein Eigentum wird jedoch dem neuen Pfandrecht unterworfen (BGB. § 1207). Kein für die Anwendung des BGB. § 930 genügender Besitzvertrag liegt in einer erst nach Übergabe der Sache an den Käufer getroffenen Abrede, daß dem Verkäufer das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten sein solle, außer wenn gleichzeitig eine dingliche Einigung über Rückübertragung des Eigentums an den Verkäufer stattgefunden hat verbunden mit der Vereinbarung eines bestimmten forderungsrechtlichen oder dinglichen Rechtsverhältnisses, das den Käufer zu einem vom Verkäufer abgeleiteten Besitz berechtigt (RG. 49 172).

c. **Erste Ausnahme von der Ausnahme zu b:** Schlechtgläubigkeit.

Die Wirkung zu b tritt nicht ein, es bleibt vielmehr bei der Regel zu a, wenn derjenige, der erwerben wollte, nicht in gutem Glauben ist. Bestand in solchem Fall die Verfügung in einer Veräußerung, so erlangt der Erwerber dennoch kein Eigentum, und der bisherige Eigentümer bleibt Eigentümer; bestand sie in einer Verpfändung oder in der Schaffung der Voraussetzungen für die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts, so entsteht dennoch kein Pfandrecht, und das Eigentum des bisherigen Eigentümers bleibt unbelastet. Dasjenige örtliche Recht, welches für den Rückforderungsanspruch des bisherigen Eigentümers maßgebend ist, ist auch entscheidend für die Frage, ob die Rückforderung nur gegen Erstattung des vom Erwerber Gezahlten zulässig ist (vgl. RG. 41 156). Nach BGB. ist die Rückforderung, insoweit sie überhaupt zulässig, nicht durch Erstattung des vom Erwerber Gezahlten bedingt. — Einen Sonderfall von Schlechtgläubigkeit infolge grober Fahrlässigkeit (betr. abhandengekommene Inhaberpapiere) hebt HGB. § 367 hervor.

Bei der Ausnahme zu b (Rechtserwerb auch vom Nichtberechtigten) verbleibt es mithin, wenn der Erwerber in gutem Glauben ist (jedoch mit der Ausnahme unten zu d). Das BGB. § 932 Abs. 2 nennt einen Fall der Schlechtgläubigkeit und das HGB. § 366 Abs. 1 einen Fall der Gutgläubigkeit. Hieraus sind zwei Fälle der Gutgläubigkeit abzuleiten (über die Frage, ob in diesen Fällen die Gutgläubigkeit ausnahmslos ist, vgl. oben Anm. I b 10); die Veräußerung oder Belastung durch einen Nichtberechtigten wirkt zu gunsten des Erwerbers und zu Lasten des wahren Eigentümers, wenn zur entscheidenden Zeit (vgl. BGB. §§ 932—934) der Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit annahm:

1. entweder, daß der Verfügende Eigentümer sei (unten Anm. V a), und wenn die sonstigen Voraussetzungen des BGB. §§ 932—934, 1207, 1257 erfüllt sind,
2. oder, daß der Verfügende ermächtigt sei, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen (unten Anm. V b), und wenn die sonstigen Voraussetzungen nicht nur des BGB. §§ 932—934, 1207, 1257, sondern außerdem auch diejenigen des HGB. § 366 Abs. 1, 3 (oben Anm. II a—c) erfüllt sind.

Unerheblich ist, ob der Erwerber wußte, daß derjenige, von dem der Verfügende erworben hatte, nichtberechtigt war, wenn er nur ohne grobe Fahrlässigkeit annahm, daß der Verfügende trotz Erwerbs vom Nichtberechtigten Eigentümer oder für den Eigentümer verfügungsermächtigt geworden war (Bolze 11 Nr. 38), wenn also insbesondere nicht Hehlerei (StGB. § 259) vorlag. Unerheblich ist auch, ob der Erwerber von dem Forderungsrecht eines Dritten auf Eigentumsübertragung Kenntnis hatte (Staub Anm. 16). Hatte dagegen der Vormann Eigentum auf Grund anfechtbaren Rechtsgeschäfts erworben, und kannte der Erwerber die Anfechtbarkeit oder mußte er sie kennen, so wird er, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit jenes Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen (BGB. § 142 Abs. 2; vgl. HGB. § 367 Anm. II b 2).

Über Sondervorschriften bei Pfandverkauf vgl. BGB. § 1242 Abs. 1, § 1244, oben Anm. I b 3.

d. **Zweite Ausnahme von der Ausnahme zu b:** Trotz Gutgläubigkeit, in bestimmten Fällen abhandengekommener Sachen.

Trotz Vorhandenseins der Gutgläubigkeit (oben c Abs. 2 zu 1 oder 2) tritt keine Wirkung zu Lasten des wahren Eigentümers ein, wenn eine Sache, die weder Geld noch Inhaberpapier ist, dem Eigentümer oder, falls dieser nur mittelbar besaß, dem unmittelbaren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war, es sei denn, daß die Veräußerung im Weg öffentlicher Versteigerung stattgefunden hat (BGB. § 935). An einer nur vermeintlich, aber in Wahrheit nicht vorhandenen Sache kann auch durch Versteigerung nicht Eigentum übertragen werden (RG. 54 395). Über den Begriff des Abhandenkommens vgl. § 367 Anm. II b. Der gutgläubige Erwerber ist geschützt, wenn der unmittelbare Besitzer über die Sache eine im Verhältnis zum mittelbar besitzenden Eigentümer unberechtigte Verfügung trifft (RG. 54 72).

Der Fall des HGB. § 367 ist nach der Fassung des Gesetzes keine Ausnahme von der Sondervorschrift über Inhaberpapiere in BGB. § 935, sondern ein Fall von Schlechtgläubigkeit (oben zu c).

Über die Frage, ob bei Geld und Inhaberpapieren eine Wirkung zu gunsten des vom Nichtberechtigten Erwerbenden nur eintritt, falls der Erwerber außer der obigen Annahme zu c 1 oder 2 ferner ohne grobe Fahrlässigkeit annahm, daß die Sache nicht gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhandengekommen war, vgl. § 367 Anm. I d.

IV. **Wirkung einer Verfügung** (Anm. II a—c) **durch** einen zur Verfügung über das belastende Recht **Nichtberechtigten auf** dieses **einem Dritten zustehende, die Sache belastende Recht.**

a. **Regel** ist, daß die Verfügung durch einen Nichtberechtigten das Recht des Dritten unbeeinflußt läßt. So z. B. unten Anm. V b 3.

Ausnahme:

1. Bei Übertragung von Eigentum erlischt das auf der Sache lastende Recht des Dritten mit dem Eigentumserwerb, wenn letzterer nach näherer Maßgabe des § 936 Abs. 1 BGB. mit Besitzübertragung verbunden ist, aber unabhängig davon, ob der wahre Eigentümer oder ein auch bezüglich des Eigentums Nichtberechtigter veräußert hat (wenn nur trotzdem Eigentum erworben ist), und unabhängig ferner davon, ob der Veräußerer berechtigt war, über das Recht des Dritten zu verfügen (BGB. § 936 Abs. 1).
2. Bei Verpfändung einer Sache durch jemand, der Eigentümer, oder der darum Nichtberechtigter ist, weil ihm die Sache nicht gehört („die Sache" in BGB. § 1208 weist auf §§ 1205—1207 zurück), erlangt das neue Pfandrecht den Vorrang vor dem Recht des Dritten (BGB. § 1208 Satz 1); jedoch im Fall der Bestellung des Pfandrechts durch

Einigung über dessen Entstehung an der im Besitz des Gläubigers befindlichen Sache (BGB. § 1205 Abs. 1 Satz 2) nur dann, wenn der Pfandgläubiger den Besitz vom Verpfänder erlangt hatte (BGB. § 1208 Satz 2, § 932 Abs. 1 Satz 2).

c. **Erste Ausnahme von der Ausnahme zu b:** Schlechtgläubigkeit.

Die Wirkungen zu b1 und 2 treten nicht ein, es verbleibt vielmehr bei der Regel zu a, wenn derjenige, der das Eigentum erwarb (oben b1) bezw. das Pfandrecht erwerben wollte (oben b2) nicht in gutem Glauben in Ansehung des die Sache belastenden Rechts des Dritten ist (BGB. § 936 Abs. 2 bezw. § 1208 Satz 1). — Einen Sonderfall von Schlechtgläubigkeit infolge grober Fahrlässigkeit (betr. abhandengekommene Inhaberpapiere) hebt HGB. § 367 hervor.

Bei der Ausnahme zu b (Erlöschen bezw. Zurücktreten des alten belastenden Rechts trotz Erlangung des neuen Rechts vom Nichberechtigten) **verbleibt es mithin, wenn der neue Eigentümer bezw. Pfandgläubiger in Ansehung des alten belastenden Rechts in gutem Glauben ist** (jedoch mit den Ausnahmen unten zu d—f). Das BGB. § 936 Abs. 2, § 1208 Satz 1 nennt zwar nicht ausdrücklich einen Fall von Schlechtgläubigkeit, setzt aber eine dem § 932 Abs. 2 BGB. entsprechende Aussage über das „in Ansehung des Rechts nicht in gutem Glauben Sein" voraus; das HGB. § 366 Abs. 2 nennt einen Fall der Gutgläubigkeit. Hieraus sind zwei Fälle der Gutgläubigkeit abzuleiten (über die Frage, ob in diesen Fällen die Gutgläubigkeit ausnahmslos ist, vgl. oben Anm. Ib 10): die Veräußerung oder Verpfändung durch einen hinsichtlich des die Sache belastenden Rechts Nichtberechtigten wirkt zu gunsten des neuen Eigentümers (oben b1) bezw. Pfandgläubigers (oben b2) und zu Lasten des hinsichtlich des alten Rechts Berechtigten, wenn zur entscheidenden Zeit (BGB. § 936 Abs. 1 bezw. § 1208 Satz 1) der neue Eigentümer bezw. Pfandgläubiger ohne grobe Fahrlässigkeit annahm:

1. entweder, daß die veräußerte bezw. verpfändete Sache nicht mit dem Recht eines Dritten belastet sei (unten Anm. Vc), und wenn die sonstigen Voraussetzungen des BGB. § 936 bezw. § 1208 erfüllt sind,
2. oder, daß der Veräußerer oder Verpfänder ermächtigt sei, über die Sache ohne Vorbehalt des (einem anderen als dem Verfügenden zustehenden) Rechts zu verfügen (unten Anm. Vd), und wenn die sonstigen Voraussetzungen nicht nur des BGB. § 936 bezw. § 1208, sondern auch diejenigen des HGB. § 366 Ab. 1, 3 (oben Anm. II a—c) erfüllt sind.

Über Sondervorschriften bei Pfandverkauf vgl. BGB. § 1242 Abs. 2, § 1244, oben Anm. Ib 3.

d. **Zweite Ausnahme von der Ausnahme zu b:** Trotz Gutgläubigkeit in bestimmten Fällen abhandengekommener (§ 367 Anm. IIb) Sachen.

1. Für den Fall der Veräußerung ist diese Ausnahme im BGB. nicht besonders hervorgehoben; auch brauchte sie nicht hervorgehoben zu werden, denn sie liegt sachlich schon darin, daß nach BGB. § 936 das Recht des Dritten nur dann erlischt, wenn Eigentum übertragen ist, nach BGB § 935 aber in bestimmten Fällen der Veräußerung abhandengekommener Sachen Eigentum nicht übergeht (oben Anm. IIId).
2. Für den Fall der Verpfändung erklärt BGB. § 1208 Satz 2 den § 935 BGB. für entsprechend anwendbar. Hiernach (vgl. oben Anm. IIId) erlangt das neue Pfandrecht kein Vorrecht vor dem alten Recht, mit dem die Sache belastet war, falls die Sache, an welcher das neue Pfandrecht bestellt wird, weder Geld noch Inhaberpapier ist und dem Eigentümer oder, falls dieser nur mittelbar besaß, dem unmittelbaren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhandengekommen war, es sei denn (was indessen kaum vorkommen wird), daß der Erwerb des neuen Pfandrechts im Weg öffentlicher Versteigerung stattgefunden hat.

e. **Dritte Ausnahme von der Ausnahme zu b:** Trotz Gutgläubigkeit, bei belastendem Recht des dritten Besitzers im Fall einer Veräußerung oder Verpfändung mittels Ersetzung der Übergabe durch Abtretung des gegen den Besitzer gerichteten Herausgabeanspruchs (BGB. § 931) bezw. Einräumung eines

Mitanspruchs auf Herausgabe (BGB. § 1206). Dies folgt aus BGB. § 936 Abs. 3, § 1208 Satz 2; vgl. auch BGB. § 986 Abs. 2.

f. **Vierte Ausnahme von der Ausnahme zu b:** Pfandrecht der Schiffsgläubiger. Es ist gegen jeden (auch gutgläubigen) Besitzer des Schiffs verfolgbar (HGB. § 755 Abs. 2, BinnenSchG. § 103 Abs. 2).

V. **Guter Glaube des Erwerbers.** Nicht jeder gute Glaube (= nicht grobfahrlässige irrtümtümliche Annahme der Berechtigung des Verfügenden) ermöglicht den Rechtserwerb trotz Nichtberechtigung des Verfügenden. Erheblich ist vielmehr, falls Eigentumserwerb in Frage steht (oben Anm. III), nur ein guter Glaube nach zwei Richtungen (unten zu a und b), und falls Erlöschen oder Zurücktreten belastender Rechte in Frage steht (oben Anm. IV), nur ein guter Glaube nach zwei anderen Richtungen (unten zu c und d). — Ein Beispiel von Schlechtgläubigkeit (Entgegennahme einer Verfügung über abhandengekommene Inhaberpapiere nach Bekanntmachung des Verlusts) hebt HGB. § 367 hervor; es betrifft alle 4 Fälle guten Glaubens. — Bei Erwerb durch Vertreter ist BGB. § 166 maßgebend für die Frage, wessen böser Glaube erheblich ist. Eine offene Handelsgesellschaft muß den bösen Glauben auch nur eines vertretungsberechtigten Gesellschafters gegen sich gelten lassen (§ 125 Anm. I e).

a. **Glaube, daß der Verfügende Eigentümer sei** („daß die Sache dem Veräußerer gehört": BGB. § 932). Grobfahrlässig handelt wer, wenn die Umstände Zweifel daran, daß der Veräußerer Eigentümer ist, hervorzurufen geeignet sind, eine Prüfung der Berechtigung des Veräußerers unterläßt (RG. 6 21, 28 113). So ein Bankier, der ohne Prüfung Papiere, die am Ort, an dem sie zum Verkauf angeboten werden, nicht gangbar sind, von einem Unbekannten (RG. 6 89) oder ohne Preisbegrenzung ein Wertpapier von einer jugendlichen Person kauft (LG. Mannheim 30 V 85 ZHR. 35 265), oder unter auffälligen Umständen Papiere zum Pfand nimmt, während er sonst überhaupt nicht Pfandgeschäfte betreibt (RG. 41 210), oder der ohne Prüfung Wertpapiere ohne Zins- (Gewinn-) und Erneuerungsscheine zum Pfand nimmt (RG. 36 121; dagegen OLG. Hamburg 31 X 03 OLGRspr. 8 193). Auch wer Sachen von jemand kauft, dessen persönliche, das Eigentum an solchen Sachen unwahrscheinlich machende Verhältnisse er kennt (RG. 28 114). Grobfahrlässig handelt nicht nur der Erwerber, welcher verdächtige Umstände kennt und dennoch die gebotenen weiteren Nachforschungen unterläßt, sondern auch der Erwerber, welcher unter besonders schwerer Verletzung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt unterläßt, sich die Kenntnis solcher Umstände zu verschaffen (RG. 58 166). So z. B. der Pfandnehmer der das ihm verpfändete Paket von Wertpapieren uneröffnet entgegennimmt und so die anderenfalls erfolgte Feststellung unterläßt, daß im Paket nur die Mäntel der Wertpapiere, nicht auch die Zins- und Erneuerungsscheine sich befanden (RG. 58 165). Der gute Glaube ist nicht schon ausgeschlossen allein durch die Kenntnis davon, daß der Veräußerer seinerseits die Ware noch nicht bezahlt hatte (RG. 32 21, RG. 8 V 00 JW. 496[9]).

b. **Glaube, daß der Verfügende ermächtigt sei, für den Eigentümer über die Sache zu verfügen** (HGB. § 366 Abs. 1).

1. Befugt, über die Sache zu verfügen. „Befugt" in § 366 Abs. 1 steht im Sinn von „ermächtigt" (vgl. § 235 Anm. I a). Unter „verfügen über die Sache" ist nur ein Verfügen in dinglicher Weise verstanden, also durch Eigentumsübertragung oder Bestellung dinglicher Rechte.

2. Sowohl, wenn in eigenem, wie auch, wenn in fremdem Namen verfügt wird, kann der erforderte gute Glaube vorhanden sein (D. 206; ebenso Staub Anm. 17, Düringer-Hachenburg Anm. I; dagegen für Veräußerung in fremdem Namen CosackHR. § 28 II b β). In eigenem Namen z. B. bei Erwerb von einem Verkaufskommissionär (RG. 5 13); der Erwerber hat, wenn ihm die Umstände keine Veranlassung zu Zweifeln geben, nicht die Pflicht, Ermittelungen darüber anzustellen, ob ein gültiger Kommissionsauftrag besteht und wie weit er reicht (D. 206); ebenso bei Übergabe von Waren durch den Speditör oder Lagerhalter an den Frachtführer zur Beförderung oder durch ein Konsignationshaus an den Lagerhalter oder Kommissionär (D. 207). In fremdem Namen

z. B. bei Erwerb von einem Handlungsagenten, der im Namen des Geschäftsherrn dessen Waren, die er auf seinem Lager hat, veräußert und übergibt (D. 206), oder auch bei sonstigem Erwerb von einem Kaufmann, der sich als unmittelbarer Vertreter eines anderen fälschlich ausgibt und in dessen Namen veräußert oder verpfändet (RG. 29 48, Lehmann Nr. 8). Der gute Glaube kann auch dann vorhanden sein, wenn sowohl darüber, wer Eigentümer ist, wie auch gleichzeitig darüber, wer zur Verfügung für den Eigentümer berechtigt ist, geirrt wird; so z. B. wenn der Veräußerer angibt, daß er durch jemand, den er als Eigentümer bezeichnet, der dies aber in Wahrheit nicht ist, zur Verfügung ermächtigt sei. — Grobe Fahrlässigkeit liegt in dem Unterlassen einer Prüfung der Vollmacht des Veräußerers trotz eines durch die Umstände nahegelegten Zweifels (vgl. RG. 36 121).

3. Nicht durch HGB. § 366 getroffen ist der Fall, daß irrig angenommen wird, der Verfügende sei befähigt, für sich (den Verfügenden) wirksam zu verfügen, sei es, daß in Wahrheit der Verfügende überhaupt nicht, sei es, daß er nicht ohne fremde Genehmigung mit Wirksamkeit für sich verfügen kann. Die Worte „für den Eigentümer zu verfügen" in HGB. § 366 Abs. 1 sollen sich nur auf den Fall eines vom Verfügenden verschiedenen Eigentümers beziehen. Soweit daher nicht etwa bereits aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine entsprechende Anwendung von dessen Vorschriften auf den Fall beschränkter Geschäftsfähigkeit abzuleiten ist (vgl. oben Anm. I b 5), ist auch nach HGB. ein Irrtum des Erwerbers über diese Fähigkeit, selbst wenn nicht grobfahrlässig, nicht genügend, um dem Erwerber Rechte zu verschaffen (oben Anm. III a). So im Fall der Geschäftsunfähigkeit des Verfügenden. Aber auch im Fall seiner beschränkten Geschäftsfähigkeit in denjenigen Fällen, in denen das BGB. eine entsprechende Anwendung seiner Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten ausschließt. Namentlich bei Verfügung einer Ehefrau über Eingebrachtes in denjenigen Fällen, in denen nach BGB. §§ 1395—1405, EGHGB. Art. 4 die Verfügung auch ihr gegenüber (RG. 54 46) erst wirksam wird durch hinzutretende Genehmigung des Ehemanns (ebenso Lehmann Nr. 8, Teutsch in JW. 02 385, Gildemeister ZHR. 54 137; dagegen Staub Anm. 36, Düringer-Hachenburg Anm. I, Goldmann Nr. 51, nach früherem Recht anscheinend auch RG. 29 X 98 JW. 668[23]). Die Frau kann in jenen Fällen nicht, was Staub, der HGB. § 366 Abs. 2 anwendet, voraussetzt, unter Vorbehalt des ehemännlichen Rechts, sondern überhaupt nicht wirksam über eingebrachtes Gut verfügen (BGB. §§ 1396 Abs. 3, 1398). — Auf den Fall der irrigen Annahme des Vorhandenseins einer Ermächtigung, für den Pfandgläubiger zu veräußern, ist § 366 entsprechend anzuwenden, da hier schon BGB. § 1244 auch nur entsprechende Anwendung des BGB. §§ 932 ff. vorschreibt (oben Anm. I b 3).

4. Glaube an beschränkte Verfügungsermächtigung. Glaubt der Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit, daß der Verfügende ermächtigt ist, in gewisser Weise, aber nicht in anderer Weise über die Sache des vom Verfügenden verschiedenen Eigentümers zu verfügen, so ist der gute Glaube des Erwerbers nur dann vorhanden, wenn die Verfügung sich innerhalb jener Grenzen hielt. Die Regelung eines hierher gehörenden Falls, namentlich in Ansehung des Entstehens gesetzlicher Pfandrechte und Zurückbehaltungsrechte, enthält AufbewahrungsG. 5 VII 96 § 8:

„Ein Kaufmann, welcher im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde Wertpapiere der im § 1 bezeichneten Art einem Dritten zum Zweck der Aufbewahrung, der Veräußerung, des Umtausches oder des Bezuges von anderen Wertpapieren, Zins- oder Gewinnanteilscheinen ausantwortet, hat hierbei dem Dritten mitzuteilen, daß die Papiere fremde seien. Ebenso hat er in dem Falle, daß er einen ihm erteilten Auftrag zur Anschaffung solcher Wertpapiere an einen Dritten weitergibt, diesem hierbei mitzuteilen, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe.

Der Dritte, welcher eine solche Mitteilung empfangen hat, kann an den übergebenen oder an den neu beschafften Papieren ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen an seinen Auftraggeber geltend machen, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind."

c. **Glaube, daß die veräußerterte bezw. verpfändete Sache nicht mit dem Recht eines Dritten belastet sei** („guter Glaube in Ansehung des Rechts"; BGB. § 936 Abs. 2, § 1208 Satz 1).

1. Fälle von Schlechtgläubigkeit. Die für den Fall zu a gegebenen Beispiele sind größtenteils auch für den Fall zu c zu verwerten.
2. „Belastendes Recht" im Sinn des BGB. §§ 936, 1208 ist z. B. Nießbrauch und Pfandrecht (BGB. § 1204), insbesondere auch ein gesetzliches (BGB. § 1257), z. B. dasjenige des Vermieters (vgl. BGB. § 560); ebenso das Pfändungspfandrecht (OLG. Braunschweig 24 III 05 OLGRspr. **10** 346). Nicht auch das ehemännliche Recht am Eingebrachten (oben Anm. V b 3; dagegen Staub Anm. 36). Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gehört hierher (so Staub Anm. 40, Heymann Traditionspapiere 236; dagegen nach früherem Recht RG. **8** 83), falls man es als dingliches Recht ansieht (hierüber § 369 Anm. V b); denn wäre es nur ein an den Besitz geknüpftes nicht dingliches Recht, so würde man nicht sagen können, daß es die Sache belastet. — Auch das Verfolgungsrecht der KO. § 44 gehört aus gleichem Grund nur dann hierher, wenn man es (mit Staub Exk. zu § 382 Anm. 78 gegen herrschende Meinung, letztere z. B. bei Jaeger[2] KO. § 44 Anm. 5 ff.) als ein dingliches Recht auffaßt. Indessen läßt auch die herrschende Meinung das Verfolgungsrecht zurücktreten gegenüber gutgläubigem Eigentums- oder Pfanderwerb nach Absendung (RG. **8** 84, **32** 20), und Jaeger[2] KO. § 44 Anm. 29, 30 leugnet sogar jedes (nicht mit einem beim Absender verbliebenen Eigentum verbundenes) Verfolgungsrecht gegenüber Dritten. Über den Rang zwischen Verfolgungsrecht und einem später entstandenen Zurückbehaltungsrecht vgl. § 369 Anm. VI d. — Nicht dinglich, mithin auch nicht hierhergehörig ist das Anfechtungsrecht bei Konkurs oder bei Benachteiligung von Gläubigern außerhalb desselben (Staub Anm. 42); darüber, inwieweit es gegen Rechtsnachfolger ausgeübt werden kann, gelten besondere Vorschriften (KO. § 40, AnfG. § 11). — Entsprechend anwendbar sind die Vorschriften des BGB. §§ 936, 1208 über belastende Rechte nach ausdrücklicher Vorschrift in einigen Fällen von Rechten Dritter auf die Sache, die wohl nicht als dinglich bezeichnet werden können, wie z. B. das Recht des Testamentsvollstreckers an den Nachlaßgegenständen (oben Anm. I b 3).

d. **Glaube, daß der Verfügende ermächtigt sei, ohne Vorbehalt des die Sache belastenden Rechts eines Dritten über die Sache zu verfügen** (HGB. § 366 Abs. 2).

1. „Befugt" in § 366 Abs. 2 steht im Sinn von „ermächtigt" (vgl. § 235 Anm. I a).
2. „Belastendes Recht" vgl. oben Anm. V c 2.
3. Eines Dritten Recht muß in Frage stehen. „Rechtes" am Schluß des Abs. 2 § 366 HGB. weist auf „Rechte eines Dritten" im Eingang des Abs. 2 zurück. Obgleich im Abs. 2 Worte fehlen, welche den Worten „für den Eigentümer" im Abs. 1 entsprechen würden, behandelt daher doch auch Abs. 2 nur den Fall, daß der Verfügende eine andre Person ist als der bezüglich des Rechts (in Abs. 1: Eigentum, in Abs. 2: belastendes Recht) Eigenberechtigte. — Ist der durch Eigentumsübertragung oder Verpfändung Verfügende Eigenberechtigter bezüglich des belastenden Rechts, was nach BGB. (z. B. BGB. § 1256 Abs. 2) und HGB. (oben Anm. V b) vorkommen kann, und veräußert oder verpfändet er die Sache ohne ausdrücklichen Vorbehalt des belastenden Rechts, so wird allerdings in der Regel das Erlöschen bezw. Zurücktreten dieses Rechts als gewollt anzusehen sein, es kommt jedoch in diesem Fall nicht auf Ermittelung des einseitigen guten Glaubens des Verfügungsempfängers, sondern auf den Vertragswillen beider Parteien an.

VI. **Beweislast.** Insoweit es bei Anwendung der §§ 932 ff., 1207 ff. BGB. auf das Vorhandensein des guten Glaubens ankommt, hat bei Streit über die Gutgläubigkeit derjenige die Beweislast, der das Fehlen des guten Glaubens behauptet (BGB. §§ 932, 1208: „es sei denn, daß", Bolze **6** Nr. 1047), oder der behauptet, daß die Voraussetzungen des HGB. § 367 vorliegen, mithin der gute Glaube als ausgeschlossen zu gelten habe. Daraus, daß HGB. § 366 nur einen Zusatz zu jenen Vorschriften des BGB. bilden soll (oben Anm. I b 9), ist trotz der abweichenden Fassung dieses § 366 abzuleiten, daß auch bei Anwendung der Sondervorschrift dieses § 366 im Fall eines Streits über die Gutgläubigkeit denjenigen die Beweislast trifft, der ihr Fehlen behauptet (ebenso Staub Anm. 50). Die Anwendung des HGB.

§ 366 kann aber überhaupt nur in Frage kommen, wenn derjenige, der sich auf seine Gutgläubigkeit beruft, zunächst das Vorliegen eines der drei Fälle (oben Anm. II a—c) dartut, für welche allein der § 366 seine Vorschriften gibt. Über die Frage, wie die fernere Beweislast zu verteilen, wenn feststeht, daß der Erwerber die Eigenschaft der Sache als einer abhandengekommenen kannte oder grobfahrlässig nicht kannte, vgl. § 367 Anm. I d.

§ 367.

Abhandengekommenes Inhaberpapier.

Wird ein Inhaberpapier, das dem Eigenthümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, an einen Kaufmann, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, veräußert oder verpfändet, so gilt dessen guter Glaube als ausgeschlossen, wenn zur Zeit der Veräußerung oder Verpfändung der Verlust des Papiers von einer öffentlichen Behörde oder von dem aus der Urkunde Verpflichteten im Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht und seit dem Ablaufe des Jahres, in welchem die Veröffentlichung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen war.

Der gute Glaube des Erwerbers wird durch die Veröffentlichung im Deutschen Reichsanzeiger nicht ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Veröffentlichung in Folge besonderer Umstände weder kannte noch kennen mußte.

Auf Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine, die nicht später als in dem nächsten auf die Veräußerung oder Verpfändung folgenden Einlösungstermine fällig werden, sowie auf Banknoten und andere auf Sicht zahlbare unverzinsliche Inhaberpapiere finden diese Vorschriften keine Anwendung.

ADH. — **Entw. I** — **Entw. II** § 359.

I. Verhältnis zum BGB.
  a. Bestimmungen des BGB., ergänzt durch HGB. § 366.
  b. Verhältnis des HGB. § 367 zu jenen Bestimmungen.
  c. Schlechtgläubigkeit außerhalb des in HGB. § 367 erwähnten Falls.
  d. Gutgläubigkeit trotz Kenntnis vom Abhandenkommen.

II. Dem Eigentümer abhandengekommenes Inhaberpapier (a. Dem Eigentümer. b. Abhandenkommen. c. Inhaberpapier).
III. Veräußerung oder Verpfändung an Bankier oder Geldwechsler.
IV. Veröffentlichung im Reichsanzeiger (a. Veröffentlicher. b. Gegenstand. c. Zeit).
V. Der gute Glaube gilt als ausgeschlossen.

I. **Verhältnis zum BGB.**

a. **Das BGB., ergänzt durch HGB. § 366, bestimmt:**

1. In gewissen Fällen der Veräußerung oder Verpfändung einer Sache (oder einer durch Inhaberpapier verbrieften Forderung) durch einen Nichtberechtigten erwirbt der Verfügungsempfänger Eigentum bezw. Pfandrecht (§ 366 Anm. III b), und erlischt bezw. tritt zurück das belastende Recht eines Dritten (§ 366 Anm. IV b, BGB. § 1293).
2. Die Wirkung der Erlangung des Eigentums bezw. Pfandrechts tritt jedoch nicht ein, falls der Verfügungsempfänger bezüglich des Rechts des Verfügenden zur Verfügung über die Sache nicht in gutem Glauben ist (§ 366 Anm. III c); die Wirkung des Erlöschens bezw. Zurücktretens des belastenden Rechts eines Dritten tritt nicht ein, falls der Verfügungsempfänger in Ansehung des belastenden Rechts nicht in gutem Glauben ist (§ 366 Anm. IV c, BGB. § 1293).
3. Die Wirkungen zu 1 treten in der Regel auch dann nicht ein, wenn der Verfügungsempfänger zwar in gutem Glauben war, die Sache aber dem Eigentümer oder, falls dieser nur mittelbar besaß, dem unmittelbaren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhandengekommen war (§ 366 Anm. III d, IV d).

4. Eine der Ausnahmen von der Regel zu 3 betrifft den Fall, daß die gestohlene, verlorene oder sonst abhandengekommene und demnächst veräußerte oder verpfändete Sache ein Inhaberpapier ist (BGB. § 935 Abs. 2, § 1208 Satz 2, § 1293); in diesem Ausnahmefall verbleibt es lediglich bei dem zu 2 Gesagten. Zu keinem anderen Ergebnis als diesem führt wohl auch für den Sonderfall einer ohne den Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangten Inhaberschuldverschreibung die Vorschrift des BGB. § 794 Abs. 1 in Verbindung mit der Zulassung der Einrede des Ausstellers in BGB. § 793 Satz 1, daß der Inhaber nicht zur Verfügung über die Urkunde berechtigt sei.

b. **Der § 367 HGB.** läßt alle zu a aufgeführten Grundsätze unberührt, hebt für den Fall der Verfügung über abhandengekommene Inhaberpapiere einen einzelnen Unterfall (Erwerb durch Bankier oder Geldwechsler trotz erfolgter Bekanntmachung des Verlusts) heraus, in welchem erfahrungsgemäß oft Streit über das Vorhandensein guten Glaubens entsteht, und bestimmt näher, unter welchen Umständen in diesem Unterfall die Gutgläubigkeit des Verfügungsempfängers als ausgeschlossen angesehen werden soll.

c. **Schlechtgläubigkeit außerhalb des in § 367 HGB. erwähnten Falls.**

Aus dem vorstehend zu b angegebenen Verhältnis des HGB. § 367 zum BGB. geht hervor, daß auch wenn bei Entgegennahme einer Verfügung über abhanden gekommene Inhaberpapiere nicht derjenige Fall der Schlechtgläubigkeit vorliegt, den § 367 behandelt, doch die Frage offen bleibt, ob etwa aus anderen Gründen Schlechtgläubigkeit als vorhanden anzusehen ist.

Hierüber bemerkt D. 208: „Eine besondere Bestimmung des Inhalts, daß, solange die Bekanntmachung im Reichsanzeiger nicht erfolgt ist, der gute Glaube des Erwerbers vermutet werde, ist in den Entwurf nicht aufgenommen; sie wäre gegenstandslos, da nach § 932 BGB. die Gutgläubigkeit des Erwerbers überhaupt als vorhanden angenommen wird, solange nicht das Gegenteil dargetan ist. Auch läßt sich nicht etwa bestimmen, daß ein Bankier stets nur die Bekanntmachungen des Reichsanzeigers und sonst keinerlei Mitteilungen oder Veröffentlichungen zu berücksichtigen habe. In solcher Allgemeinheit wäre der Satz bedenklich; denn unter Umständen, z. B. für die Zeit bis zum Eintreffen des Reichsanzeigers, kann dem Bankier nicht ohne weiteres die Pflicht abgenommen werden, auch eine Bekanntmachung zu berücksichtigen, die von der Polizeibehörde des Orts seiner Niederlassung in dem für ihre Veröffentlichungen benutzten Blatt bewirkt ist. Im übrigen wird die Vorschrift des Entwurfs von selbst dahin führen, eine sichere Grundlage für die in den Bankgeschäften vorzunehmende Prüfung zu schaffen. Falls nicht besondere Umstände vorliegen, muß angenommen werden, daß ein Bankier seiner Pflicht genügt, wenn er nur die Bekanntmachungen des Reichsanzeigers berücksichtigt; denn, sobald ein Zentralorgan besteht, dessen Veröffentlichungen von dem Gesetz mit besonderer Wirkung ausgestattet sind, darf jeder Bankier davon ausgehen, daß dieses Organ für alle Bekanntmachungen, die eine derartige Wirkung haben sollen, auch tatsächlich benutzt wird. Es ist mit Sicherheit zu erwarten, daß namentlich auch die Rechtsprechung diese Gesichtspunkte zur Geltung bringen wird."

Hiernach ist anzunehmen, daß der Bankier die Pflicht hat, folgende Arten von Mitteilungen und Veröffentlichungen zu beachten:

1. Die Veröffentlichungen im Reichsanzeiger nach näherer Maßgabe des § 367.
2. Die Veröffentlichungen, die von der Polizeibehörde des Orts seiner Niederlassung in ortsüblicher Weise erfolgen; insbesondere die Veröffentlichungen im amtlichen Blatt dieser Polizeibehörde (ebenso Staub Anm. 4, ähnlich CosackHR. § 28 II 2 b). Dagegen hat er nicht die Pflicht, auch die amtlichen Blätter anderer Polizeibehörden als derjenigen des Orts seiner Niederlassung nachzulesen. Auch nicht das Deutsche Fahndungsblatt (Staub Anm. 4), trotzdem es für ganz Deutschland bestimmt ist und in ihm unter anderem auch Bekanntmachungen über abhanden gekommene Wertpapiere Aufnahme finden sollen, vierteljährlich auch ein übersichtliches Verzeichnis der in den letzten drei Monaten beim Berliner Polizeipräsidium als abhanden gekommen angemeldeten Wert-

papiere mit Ausnahme von Zins- und Gewinnanteilscheinen veröffentlicht werden soll (Allgem. Vfgg. d. Pr. Justizmin. 21 III 99 JMBl. 72); denn der mit § 367 verfolgte Zweck bestand gerade darin, ein einziges Zentralorgan in dem Reichsanzeiger zu schaffen (D. 208), und die Verwaltungsbehörde kann daher nicht auf dem Weg der Schaffung eines zweiten Zentralorgans eine Erweiterung der vom Gesetz beschränkten Prüfungspflicht in der Weise herbeiführen, daß stets der Bankier statt eines Zentralorgans zwei Zentralorgane zu prüfen habe.

3. Besondere Mitteilung, die dem Bankier in glaubwürdiger Form und in einer Weise gemacht worden, daß sie ihm zur Kenntnis gekommen ist (RG. 6 23) oder doch bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang ihm zur Kenntnis hätte kommen müssen (Bolze 17 Nr. 469).

4. Glaubwürdige Veröffentlichung oder Mitteilung, von welcher der Bankier tatsächlich Kenntnis erlangt hat, auch wenn er mit Rücksicht auf die Art der Veröffentlichung oder Mitteilung nicht verpflichtet war, sich um Erlangung der Kenntnis zu bemühen.

Eine bestimmte Zeitschranke ist zu 2 bis 4 gesetzlich nicht festgelegt; die in § 367 bestimmte (unten Anm. IVc) läßt sich daher nicht (wie Staub Anm. 4 will) hierauf ausdehnen, zumal einige der Grundsätze zu 2—4 auch auf andere als die durch § 367 getroffenen Personen Anwendung finden. Indessen wird in den Fällen zu 2—4 die Gutgläubigkeit als nicht ausgeschlossen anzusehen sein, wenn die Mitteilung oder Veröffentlichung zeitlich so weit zurückliegt, daß nach der Verkehrsübung der Erwerber annehmen durfte, daß sie nicht mehr fortdauernde Gültigkeit haben solle. So namentlich, wenn der gemäß 2—4 geschehenen Mitteilung eine Veröffentlichung im Reichsanzeiger gefolgt war, letztere aber nach einem Jahr nicht erneuert worden ist (KB. 119).

Nicht allein Mitteilungen und Veröffentlichungen sind zu beachten; vielmehr kann auch in Nichtbeachtung anderer Tatsachen ein grobfahrlässiges Verhalten des Erwerbers liegen (§ 366 Anm. Va).

d. **Gutgläubigkeit trotz Kenntnis vom Abhandenkommen.** Der Erwerb von einem Nichtberechtigten wird ausgeschlossen durch Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis (und unter den Voraussetzungen des § 367 auch durch die Nichtbeachtung der Bekanntmachung) daß die betreffenden Papiere abhanden gekommen waren (unten Anm. Va). Doch wird nicht jeder Erwerb durch eine solche Kenntnis bzw. Unkenntnis ausgeschlossen, vielmehr erlangt der Erwerber trotz etwaiger eigener Bösgläubigkeit Eigentum bzw. Pfandrecht, wenn sein Vormann Berechtigter war. An sich hat daher derjenige, der den Erwerb des letzten Erwerbers nicht gelten lassen will, seinerseits zu beweisen, daß der letzte Erwerber von einem Nichtberechtigten erworben hat. Da jedoch die Berechtigung eines Verfügenden trotz früheren Abhandenkommens des Papiers erfahrungsgemäß die Ausnahme bildet, so wird (mit Staub § 366 Anm. 51 und nach früherem Recht RG. 37 78; sachlich wohl übereinstimmend auch Düringer-Hachenburg Vorbem. IVc zu §§ 366, 367; dagegen Lehmann S. 81 Fußnote 1) anzunehmen sein, daß derjenige, der den Erwerb des letzten Erwerbers nicht gelten lassen will, genügend bewiesen hat, wenn er nur dartut, daß der letzte Erwerber Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis von der Eigenschaft des Papiers als eines abhanden gekommenen hatte (oder unter den Voraussetzungen des § 367, daß die dort erwähnte Bekanntmachung ergangen war). Dem letzten Erwerber steht dann der Gegenbeweis offen, daß sein Vormann Berechtigter war, und, wenn der Gegner sich nur auf die Bekanntmachung gestützt hatte, ferner auch der Gegenbeweis aus § 367 Abs. 2.

II. **Dem Eigentümer abhandengekommenes Inhaberpapier.** Da HGB. § 367 einen Zusatz zu BGB. §§ 932 ff. enthält, so sind die vorerwähnten in HGB. § 367 gebrauchten Worte als gleichbedeutend auszulegen mit den entsprechenden in BGB. §§ 932 ff. gebrauchten (Staub Anm. 1):

a. **Dem Eigentümer** abhandengekommen. Einerseits könnte zweifelhaft sein, ob diese Fassung zu weit ist, weil sie den Fall einschließt, daß dem Eigentümer mit Willen des unmittelbaren Besitzers abhandengekommen ist; andererseits erscheint sie zu eng, weil sie

nicht den Fall berücksichtigt, daß nur dem unmittelbaren Besitzer, nicht auch dem Eigentümer, abhandengekommen ist.

1. Abhandenkommen dem Eigentümer mit Willen des unmittelbaren Besitzers.

Im Voraussetzen der Möglichkeit eines solchen Falls liegt nicht etwa ein Widerspruch im Beigefügten, denn auch mit Willen des unmittelbaren Besitzers kann etwas abhandenkommen (unten Anm. IIb), allerdings nicht ihm, aber dem mittelbar besitzenden Eigentümer. Der Hauptfall ist, daß der unmittelbare Besitzer die von ihm besessene Sache dem Eigentümer unterschlägt, indem er unberechtigt für eigene Rechnung darüber verfügt.

Durch BGB. § 935 Abs. 1 wird der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten ausgeschlossen:

α. falls der Eigentümer nicht unmittelbarer Besitzer war, nur dadurch, daß dem unmittelbaren Besitzer die Sache abhandengekommen war,

β. in allen übrigen Fällen nur dadurch, daß sie dem Eigentümer abhandengekommen war.

Nach BGB. § 935 Abs. 2 aber ist der gutgläubige Erwerb von Inhaberpapieren in beiden Fällen nicht ausgeschlossen; nur der bösgläubige Erwerb von Inhaberpapieren ist ausgeschlossen, und dies gleichfalls in beiden Fällen. Hiernach ist die Unterscheidung des BGB. § 935 Abs. 1 ohne Belang für den im HGB. § 367 behandelten Fall des Erwerbs von Inhaberpapieren. Nur darauf kommt es an, ob der Erwerber in gutem oder in bösem Glauben war. Der Bankier D ist aber in bösem Glauben, wenn er weiß, daß die Papiere Eigentum des A sind, und D sie dennoch von dem Hehler C kauft, dem sie der unterschlagende unmittelbare Besitzer B gegeben hatte. Warum sollte aber in solchem Fall das Wissen des D vom Eigentum des A nicht dadurch ersetzt werden können, daß A, sobald er hört, daß B die Papiere unterschlagen hat, diese Tatsache im Reichsanzeiger bekanntmachen läßt? Ein sachlicher Grund für eine solche Unterscheidung wäre nicht ersichtlich.

Hiernach ist anzunehmen, daß in dieser Hinsicht der Wortlaut des § 367 nicht zu weit ist; der § 367 findet stets Anwendung, wenn dem Eigentümer ein Inhaberpapier abhanden gekommen ist; auch dann, wenn der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer war, und das Abhandenkommen mit Willen des unmittelbaren Besitzers stattgefunden hat.

2. Abhandenkommen dem vom Eigentümer verschiedenen unmittelbaren Besitzer.

Hierbei kann sowohl der Fall vorkommen, daß gleichzeitig auch ein dem Eigentümer Abhandenkommen vorliegt, aber auch der Fall, daß dem Eigentümer das Papier nicht abhanden gekommen ist. Letzteres z. B. (vgl. RG. 1 255), wenn der Eigentümer seinem Pfandgläubiger das verpfändete Inhaberpapier eigenmächtig fortgenommen hat. Von den erwähnten beiden Fällen ist der letztere nicht durch die Fassung des § 367 mitgedeckt; der erstere ist zwar gedeckt, doch kann sich auch bei ihm in besonders gearteten Fällen die Notwendigkeit der in § 367 nicht berücksichtigten Unterscheidung ergeben, ob die Verlustbekanntmachung den Bankier hinsichtlich des Eigentumsrechts des mittelbaren Besitzers oder hinsichtlich des belastenden Rechts des unmittelbaren Besitzers in bösen Glauben setzt. Nun liegt aber kein sachlicher Grund vor, warum dem Eigner eines die Sache belastenden Rechts nicht ebenso wie dem Eigentümer die Möglichkeit gegeben sein sollte, die Gutgläubigkeit später erwerbender Bankiers in Ansehung dieses Rechts durch Herbeiführung rechtzeitiger Verlustanzeige auszuschließen.

Der § 367 ist daher ausdehnend dahin auszulegen, daß dem in § 367 erwähnten Fall, daß dem Eigentümer (aus seinem mittelbaren oder unmittelbaren Besitz) die Sache abhanden gekommen ist, der andere Fall gleichzustellen ist, daß — gleichgültig, ob mit oder ohne Willen des Eigentümers — dem vom Eigentümer verschiedenen unmittelbaren Besitzer die Sache abhandengekommen ist. Der gute Glaube des erwerbenden Bankiers gilt dann in Ansehung des belastenden Rechts (in der Regel auch in Ansehung des Eigentums) als ausgeschlossen, wenn der Verlust in der näher im § 367 bestimmten Weise bekannt gemacht war (ebenso Lehmann Nr. 3).

b. **Abhandenkommen.**

1. Begriff. Abhanden gekommen ist jemandem eine Sache, wenn er ohne seinen Willen den Besitz verloren hat (vgl. BGB. § 794 mit BGB. § 935, RG. 1 418); das Abhandenkommen ist ein Besitzverlust, der sich nicht in den eigenen Entschließungen des Besitzers gründet (Dernburg[3] 3 § 103 II 2). Im Begriff „Abhandenkommen" liegt an sich noch keine Hindeutung darauf, wem abhandengekommen ist; nicht zutreffend erscheint daher, wenn Planck[3] § 935 Anm. 2, Staub § 366 Anm. 45, OLG. Hamburg 1 XII 02 OLGRspr. 6 119 und andere den Begriff dahin bestimmen, daß ein Abhandenkommen vorliege, wenn der unmittelbare Besitzer ohne seinen Willen den Besitz verloren habe. So kann eine Sache durch eine Handlung gleichzeitig dem unmittelbaren und dem mittelbaren Besitzer abhandenkommen, z. B. wenn die beim Pfandgläubiger lagernde Sache dort durch einen unbeteiligten Dritten gestohlen wird. Andererseits kann auch die Sache nur dem unmittelbaren Besitzer abhandenkommen, z. B. wenn der Verpfänder sie ihm eigenmächtig fortnimmt und veräußert. Endlich kann sie auch nur dem mittelbaren Besitzer abhandenkommen, z. B. wenn der unmittelbare Besitzer sie unterschlägt (dagegen RG. 54 72). Eine von der Frage nach dem Begriff des Abhandenkommens zu unterscheidende Frage ist dann, ob die betreffende einzelne, die Folgen des Abhandenkommens regelnde Vorschrift auch dann anwendbar ist, wenn die Sache nur dem mittelbaren Besitzer abhanden kommt. Die letztere Frage ist anders zu entscheiden bei Anwendung des BGB. § 935 Abs. 1 (RG. 54 72) als bei Anwendung des HGB. § 367 (oben Anm. II a 1).
2. Beispiele. Als Beispiele des Abhandenkommens nennt § 367 das Stehlen und das Verlieren. Andere Beispiele sind eigenmächtige Fortnahme, die nicht Diebstahl ist (so Entwendung durch einen Unzurechnungsfähigen), ferner Wegnahme infolge Verwechselung, freiwillige Besitzaufgabe durch einen Geschäftsunfähigen (Staub § 366 Anm. 45, Dernburg[3] 3 § 103 II 2, Planck[3] § 935 Anm. 2) oder einen beschränkt Geschäftsfähigen (Planck[3] aaO.; dagegen Mot. zu BGB. 3 348, Goldmann § 366 Anm. 38). — Ist eine Sache zwar mit Willen des Besitzers aus dessen Besitz gekommen, das Aufgeben des Besitzes aber anfechtbar (z. B. wegen Irrtums oder Täuschung), so ist vor Anfechtung eine solche Sache nicht „abhandengekommen" (Mot. zu BGB. 3 348, Planck[3] § 935 Anm. 2, Staub § 366 Anm. 46, Dernburg aaO., letzterer anders nur bei Zwang); bestritten aber ist, ob unbeschränkt die Anfechtung auch gegenüber einem dritten gutgläubigen Erwerber erklärt werden kann (so Planck[3] § 935 Anm. 2), oder ob die erfolgte Anfechtung dem dritten Erwerber nur entgegengehalten werden kann, wenn er bei Erwerb die Anfechtbarkeit kannte oder hätte kennen müssen (so mit Recht Staub § 366 Anm. 47, AG. I Berlin 10 XI 03 KGBl. 49; vgl. auch Goldmann § 366 Nr. 38).

c. **Inhaberpapier.**

1. Der § 367 bezieht sich — abweichend von BGB. § 935 Abs. 2 — nicht auch auf Geld; für letzteres verbleibt es daher lediglich bei den Vorschriften des BGB. in Verbindung mit HGB. § 366 (§ 366 Anm. III, IV).
2. Ausgenommen sind ferner nach § 367 Abs. 2 bestimmte Arten von Inhaberpapieren, weil bei den großen Mengen, in denen sich diese Papiere im Verkehr befinden, eine Berücksichtigung von Bekanntmachungen der in Frage stehenden Art nicht durchführbar wäre (D. 209; vgl. BGB. § 799 Abs. 1 Satz 2). Nämlich alle auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Inhaberpapiere, z. B. die Banknoten. Und ferner diejenigen Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, die spätestens im nächsten auf die Veräußerung oder Verpfändung folgenden Einlösungstermin fällig werden. Auch bezüglich aller dieser Papiere verbleibt es bei den Vorschriften des BGB. in Verbindung mit HGB. § 366 (§ 366 Anm. III, IV); die Einrede der Schlechtgläubigkeit ist daher nicht ausgeschlossen, sondern nur die im Verkehr übliche Sorgfalt bei Prüfung der Verfügungsbefugnis des Inhabers ist bei diesen Papieren eine geringere, und dadurch (BGB. § 276 Abs. 1 Satz 2) wird in diesen Fällen der Nachweis grober Fahrlässigkeit schwieriger. — Bezüglich der später als im nächsten Einlösungstermin fällig werdenden Zins-, Renten- und Gewinn-

anteilscheine findet § 367 Anwendung, und mithin die Pflicht zur Beachtung der Bekanntmachungen im Reichsanzeiger. Werden dergleichen Scheine einem Bankier angeboten, so wird dies mit Rücksicht auf die bestehenden Verkehrsgewohnheiten in vielen Fällen schon an sich geeignet sein, Zweifel hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Besitzers zu erwecken (D. 209). Doch ist eine Verpfändung des Papiers ohne Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine an sich gültig (BGB. § 1296).

3. Zu den Inhaberpapieren gehören z. B. Inhaberschuldverschreibungen, Inhaberaktien und Inhabergrundschuldbriefe. Ebenso die in BGB. § 807 erwähnten Karten, Marken und ähnlichen Urkunden (ebenso Planck[3] § 935 Anm. 3b, Dernburg[3] 3 § 103 II 3b, Düringer-Hachenburg Vorbem. IV 3a zu §§ 366, 367; dagegen — außer bezüglich der Briefmarken — Staub § 366 Anm. 49); doch werden derartige Urkunden in der Regel unter die Ausnahme des § 367 Abs. 3 fallen, da sie auf Sicht zahlbar und unverzinslich zu sein pflegen (die Anwendbarkeit des § 367 auf solche Urkunden verneint unbedingt Düringer-Hachenburg Anm. II 1). — Nicht zu den Inhaberpapieren dagegen gehören Namenpapiere mit Blankoindossament und die in BGB. § 808 bezeichneten Ausweis-(Legitimations-)papiere. So z. B. nicht Niederlagescheine, inhalts deren die Zollverwaltung berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Waren an den Vorleger der Urkunde als solchen herauszugeben (RG. 43 72). — Unerheblich für die Anwendung des § 367 ist, ob es sich um ein in Deutschland oder ein im Ausland ausgestelltes Inhaberpapier handelt. Ist ein Papier im Ausland einzulösen, so ist für die Bedingungen der Einlösung das dortige Gesetz maßgebend (RG. 30 160).

III. **Veräußerung oder Verpfändung an einen Kaufmann, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt.**

a. **Veräußerung oder Verpfändung.** Vgl. § 366 Anm. I b 3, II a 1, b 1. Da § 366 Abs. 1, 3 die Voraussetzungen für das Entstehen einer „Verpfändung" von denen für das Entstehen eines „gesetzlichen Pfandrechts" unterscheidet, und da auch die in BGB. § 1257 ausgesprochene entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht nicht auch die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Bestellung umfaßt (§ 366 Anm. II c 2), so wird auch § 367 nicht auf gesetzliche Pfandrechte ausgedehnt werden dürfen. Empfängt daher z. B. der Bankier als Kommissionär ein abhandengekommenes Inhaberpapier, so ist die Frage, ob er daran ein gesetzliches Pfandrecht erwirbt, nicht nach § 367 HGB., sondern lediglich nach BGB. (ergänzt durch § 366 HGB.) zu entscheiden. Ein sachlicher Grund für eine solche Unterscheidung ist allerdings nicht erkennbar, und es bleibt daher zweifelhaft, ob sie beabsichtigt ist.

b. **Kaufmann.** Vgl. § 1 Anm. IV, § 343 Anm. II. b.

c. **Bankier- oder Geldwechslergeschäfte.** Vgl. § 1 Anm. XII.

d. **Betreiben.** Nicht erfordert ist, daß gerade die Bankier- oder Geldwechslergeschäfte, für sich genommen, gewerbsmäßig betrieben werden. Der Fall des § 367 ist daher gegeben auch, wenn der Betrieb des Kaufmanns gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichtet ist. Indessen folgt aus dem Gebrauch des Worts „betreiben" immerhin, daß nicht eine ganz vereinzelte Vornahme eines Bankier- oder Geldwechslergeschäfts in Frage stehen darf. — Nicht erforderlich ist ferner, daß der betreffende Erwerb des Inhaberpapiers im Betrieb des Handelsgewerbes erfolgt (Düringer-Hachenburg Anm. II 3).

IV. **Veröffentlichung im Reichsanzeiger.** Über den Umfang der Pflicht zur Beachtung anderweiter Veröffentlichungen vgl. oben Anm. I c.

a. **Veröffentlicher** muß sein entweder eine öffentliche Behörde oder der aus der Urkunde Verpflichtete. Als öffentliche Behörde kann z. B. in Betracht kommen die Polizei, der Staatsanwalt, das Gericht. — Einzelne Landesgesetze geben — teils nach Glaubhaftmachung des Abhandenkommens, teils ohne Glaubhaftmachung — demjenigen, dem die Urkunde abhandengekommen ist, ausdrücklich das Recht, von der Polizeibehörde (in einzelnen Staaten vom Amtsgericht) die Veröffentlichung zu verlangen; so in Anhalt (Makower[12] 3 449), Baiern (3 452), Braunschweig (3 456), Hamburg (3 460), Hessen (3 467), Lippe (3 469), Lübeck (3 469), Mecklenburg-Schwerin und -Strelitz (3 473, 477), Preußen HGB. Art. 6, 3 440), Reuß

ält. u. jüng. Linie (3 481, 483), Sachsen (3 487), Sachsen-Altenburg-, -Coburg-Gotha, -Meiningen, -Weimar-Eisenach (3 489, 491, 493, 494), Schwarzburg-Rudolstadt (3 496), Waldeck (3 499). Umgekehrt ist (mit Staub Anm. 5) auch dem redlichen Erwerber das Recht zuzugestehen, von dem Veröffentlicher die Rücknahme der Bekanntmachung zu verlangen, damit er nicht in der Verfügung über das Papier gestört werde.

b. **Gegenstand** der Veröffentlichung muß sein das Abhandenkommen („Verlust") der Urkunde, z. B. der Diebstahl oder das Verlieren. Keine Veröffentlichung der in § 367 bezeichneten Art liegt daher in einem Aufgebot oder einer Zahlungssperre, denn das Aufgebot ist nur eine Aufforderung zur Anmeldung von Ansprüchen (CPO. §§ 946, 1003), die Zahlungssperre nur ein Leistungsverbot (CPO. § 1019).

c. **Zeit** der Veröffentlichung. Nur diejenigen zur Zeit der Veräußerung oder Verpfändung erfolgten Bekanntmachungen brauchen beachtet zu werden, die entweder im laufenden oder im vorhergehenden Kalenderjahr geschehen sind (§ 367 Abs. 1). Sind für die Eigentumsübertragung bezw. Pfandbestellung mehrere zeitlich auseinanderliegende Handlungen erforderlich (z. B. Einigung und Übergabe), so genügt es, wenn nur für eine dieser Handlungen die Zeit eingehalten ist. Erfolgte z. B. die Einigung am 31. Dezember 1901 und die Übergabe am 3. Januar 1902, so ist sowohl eine am 2. Januar 1900 wie auch eine am 2. Januar 1902 erfolgte Bekanntmachung erheblich. — In denjenigen Fällen, in denen der Anlaß zur Bekanntmachung noch bei Ablauf des auf das Jahr der Bekanntmachung folgenden Kalenderjahrs fortbesteht, können die Beteiligten sich dadurch schützen, daß sie rechtzeitig eine erneute Bekanntmachung im Reichsanzeiger veranlassen; es wird möglich sein, die sämtlichen Bekanntmachungen eines Jahrs, die erneuert werden sollen, in einer einzigen am Schluß des nächsten Jahrs zu bewirkenden Veröffentlichung zusammenzufassen (D. 209).

V. **Der gute Glaube gilt als ausgeschlossen.**

a. **Guter Glaube.** Hierunter ist verstanden der gute Glaube über die Berechtigung des Verfügenden (§ 366 Anm. V a—d), nicht nur (was Staub Anm. 3 annimmt) der gute Glaube, daß die Sache nicht abhandengekommen sei. Ist Gutgläubigkeit, daß die Sache nicht abhandengekommen, ausgeschlossen, so nützt im Fall des § 367 nicht die Gutgläubigkeit in anderer Beziehung. — Andererseits ist das Vorhandensein des guten Glaubens überhaupt nur erheblich für den Erwerb von einem Nichtberechtigten. War dagegen der Verfügende Berechtigter (z. B. weil er selbst gutgläubig erworben hatte), so erlangt der erwerbende Bankier Eigentum bezw. Pfandrecht selbst wenn er wußte, daß das betreffende Inhaberpapier einem früheren Besitzer abhandengekommen und der Verlust vorschriftsmäßig bekanntgemacht war, und selbst wenn er den Veräußerer für nichtberechtigt hielt. — Über die Verteilung der Beweislast vgl. Anm. I d, V b.

b. **Gilt als ausgeschlossen.** Während in der Regel derjenige, der sich auf das Fehlen der Gutgläubigkeit beruft, dieses Fehlen dartun muß (§ 366 Anm. VI), enthält § 367 Abs. 1, 2 eine Umkehrung jener Regel (und eventuell der Beweislast) dahin, daß wenn das Vorliegen der Voraussetzungen des § 367 (oben Anm. II—IV) erwiesen ist, das Fehlen der Gutgläubigkeit vermutet wird (§ 367 Abs. 1) und diese Vermutung nur dadurch entkräftet werden kann, daß besondere Umstände ermittelt werden, infolge deren der Erwerber die Veröffentlichung im Reichsanzeiger erstens tatsächlich nicht kannte und zweitens auch nicht durch Fahrlässigkeit (BGB. § 122 Abs. 2) sein Nichtkennen verschuldet hat (§ 367 Abs. 2). Ein solcher besonderer Umstand ist z. B. darin zu finden, daß trotz ordnungsmäßigen Geschäftsgangs das die Bekanntmachung enthaltende Blatt zur Zeit des Erwerbs noch nicht in die Hand des Erwerbers gelangt war, oder daß die Bekanntmachung so unklar abgefaßt oder durch Druckfehler entstellt war, daß der Bankier sie nicht auf das betreffende Papier zu beziehen brauchte (Lehmann Nr. 8).

X. Pfandverkauf (§ 368).

§ 368.

Bei dem Verkauf eines Pfandes tritt, wenn die Verpfändung auf der Seite des Pfandgläubigers und des Verpfänders ein Handelsgeschäft ist, an die Stelle der im § 1234 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmten Frist von einem Monat eine solche von einer Woche.

Diese Vorschrift findet auf das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters und des Frachtführers entsprechende Anwendung, auf das Pfandrecht des Spediteurs und des Frachtführers auch dann, wenn nur auf ihrer Seite der Speditions- oder Frachtvertrag ein Handelsgeschäft ist.

ADH. — **Entw. I § 339.** **Entw. II § 360.**

I. **Verhältnis zum BGB.**

a. **Die Bestimmungen des BGB. über den Pfandverkauf** bei beweglichen Sachen und den ihnen gleichgestellten Arten von Rechten.

Bei Verpfändung von beweglichen Sachen (BGB. §§ 1233—1249, 1257) und Inhaberpapieren (BGB. § 1293) sowie von Papieren, die durch Indossament übertragen werden können und einen Börsen- oder Marktpreis haben (BGB. § 1295) ist die Befriedigung des Gläubigers durch außergerichtlichen Verkauf des Pfandes zulässig. Durch diese jetzt allgemein geltende Vorschrift ist die beschränktere des früheren Art. 311 ADH. ersetzt (D. 210). — Abweichende — hier nicht in Betracht kommende — Bestimmungen gelten einerseits für die Befriedigung wegen einer durch Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld gesicherten Forderung mittels Verwertung der belasteten unbeweglichen Sache (Zwangsversteigerungsgesetz) oder wegen einer durch Pfand gesicherten Forderung mittels Verwertung eines im Bau begriffenen (EGHGB. Art. 20) oder eines im Schiffsregister eingetragenen Schiffs (BGB. § 1268, ZwangsverstG. §§ 162 ff.) und andererseits für die Befriedigung aus einem Pfandrecht an einem Recht, das nicht durch Inhaberpapier oder indossierbares, Börsen- oder Marktpreis habendes Papier verbrieft ist (BGB. §§ 1277, 1282, 1291).

Die Bestimmungen des BGB. über den Pfandverkauf bei beweglichen Sachen und den ihnen gleichgestellten Arten von Rechten lauten:

§ 1233. „Der Verkauf des Pfandes ist nach den Vorschriften der §§ 1234—1240 zu bewirken.

Hat der Pfandgläubiger für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erlangt, so kann er den Verkauf auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken lassen."

§ 1234. „Der Pfandgläubiger hat dem Eigentümer den Verkauf vorher anzudrohen und dabei den Geldbetrag zu bezeichnen, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll. Die Androhung kann erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung erfolgen; sie darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist.

Der Verkauf darf nicht vor dem Ablauf eines Monats nach der Androhung erfolgen. Ist die Androhung untunlich, so wird der Monat von dem Eintritte der Verkaufsberechtigung an berechnet."

§ 1235. „Der Verkauf des Pfandes ist im Wege öffentlicher Versteigerung zu bewirken. Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so findet die Vorschrift des § 1221 Anwendung."

§ 1221. „Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Pfandgläubiger den Verkauf aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich er-

mächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken."

§ 1236. „Die Versteigerung hat an dem Orte zu erfolgen, an dem das Pfand aufbewahrt wird. Ist von einer Versteigerung an dem Aufbewahrungsort ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, so ist das Pfand an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern."

§ 1237. „Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes öffentlich bekannt zu machen. Der Eigentümer und Dritte, denen Rechte an dem Pfande zustehen, sind besonders zu benachrichtigen; die Benachrichtigung darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist."

§ 1238. „Das Pfand darf nur mit der Bestimmung verkauft werden, daß der Käufer den Kaufpreis sofort bar zu entrichten hat und seiner Rechte verlustig sein soll, wenn dies nicht geschieht.

Erfolgt der Verkauf ohne diese Bestimmung, so ist der Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen; die Rechte des Pfandgläubigers gegen den Ersteher bleiben unberührt. Unterbleibt die sofortige Entrichtung des Kaufpreises, so gilt das Gleiche, wenn nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins von dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung Gebrauch gemacht wird."

§ 1239. „Der Pfandgläubiger und der Eigentümer können bei der Versteigerung mitbieten. Erhält der Pfandgläubiger den Zuschlag, so ist der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen.

Das Gebot des Eigentümers darf zurückgewiesen werden, wenn nicht der Betrag bar erlegt wird. Das Gleiche gilt von dem Gebote des Schuldners, wenn das Pfand für eine fremde Schuld haftet."

§ 1240. „Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen werden.

Wird ein genügendes Gebot nicht abgegeben, so kann der Verkauf durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person aus freier Hand zu einem den Gold- oder Silberwert erreichenden Preise erfolgen."

§ 1241. „Der Pfandgläubiger hat den Eigentümer von dem Verkaufe des Pfandes und dem Ergebnis unverzüglich zu benachrichtigen, sofern nicht die Benachrichtigung untunlich ist."

§ 1242. „Durch die rechtmäßige Veräußerung des Pfandes erlangt der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte. Dies gilt auch dann, wenn dem Pfandgläubiger der Zuschlag erteilt wird.

Pfandrechte an der Sache erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt waren. Das Gleiche gilt von einem Nießbrauch, es sei denn, daß er allen Pfandrechten im Range vorgeht."

§ 1243. „Die Veräußerung des Pfandes ist nicht rechtmäßig, wenn gegen die Vorschriften des § 1228 Abs. 2, des § 1230 Satz 2, des § 1235, des § 1237 Satz 1 oder des § 1240 verstoßen wird.

Verletzt der Pfandgläubiger eine andere für den Verkauf geltende Vorschrift, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt."

§ 1244. „Wird eine Sache als Pfand veräußert, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zusteht oder den Erfordernissen genügt wird, von denen die Rechtmäßigkeit der Veräußerung abhängt, so finden die Vorschriften der §§ 932 bis 934, 936 entsprechende Anwendung, wenn die Veräußerung nach § 1233 Abs. 2 erfolgt ist oder die Vorschriften des § 1235 oder des § 1240 Abs. 2 beobachtet worden sind."

Zu § 1244 vgl. HGB. § 366 Anm. I b 3, V b 3.

§ 1245. „Der Eigentümer und der Pfandgläubiger können eine von den Vorschriften der §§ 1234—1240 abweichende Art des Pfandverkaufs vereinbaren. Steht einem Dritten an dem Pfande ein Recht zu, das durch die Veräußerung erlischt, so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich.

Auf die Beobachtung der Vorschriften des § 1235, des § 1237 Satz 1 und des § 1240 kann nicht vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung verzichtet werden."

§ 1246. **„Entspricht eine von den Vorschriften der §§ 1235 bis 1240 abweichende Art des Pfandverkaufs nach billigem Ermessen den Interessen der Beteiligten, so kann jeder von ihnen verlangen, daß der Verkauf in dieser Art erfolgt.**

Kommt eine Einigung nicht zu Stande, so entscheidet das Gericht."

Nach FGG. § 166 ist zuständig das Amtsgericht des Orts, an welchem das Pfand aufbewahrt wird.

§ 1247. „Soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, gilt die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt. Im übrigen tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes."

§ 1248. „Bei dem Verkaufe des Pfandes gilt zu Gunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder als der Eigentümer, es sei denn, daß der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist."

§ 1249. „Wer durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde, kann den Pfandgläubiger befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Die Vorschriften des § 268 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung."

§ 1257. „Die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht finden auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung."

§ 1293. „Für das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere gelten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen."

§ 1295. „Hat ein verpfändetes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, einen Börsen- oder Marktpreis, so ist der Gläubiger nach dem Eintritte der Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 berechtigt, das Papier nach § 1221 verkaufen zu lassen."

b. **Der § 368 HGB.** Der Abs. 1 enthält für den Fall einer Verpfändung, die auf Seite des Pfandgläubigers und des Verpfänders Handelsgeschäft ist, eine Änderung des BGB. § 1234, läßt dagegen alle übrigen Bestimmungen des BGB. unberührt, insbesondere §§ 1233 Abs. 2 (wahlweise Zulässigkeit des Verkaufs in den Formen der Zwangsvollstreckung), 1243 Abs. 2 (Schadensersatzpflicht alleinige und nur bei Verschulden eintretende Folge der Verletzung des § 1234 und mithin des HGB. § 368), 1245 (D. 210; Zulässigkeit der Vereinbarung einer abweichenden Art des Pfandverkaufs mit bestimmten, den § 1234 und mithin das HGB. § 368 nicht treffenden Ausnahmen). — Der Abs. 2 ergänzt den § 1257 BGB. dahin, daß die Vorschrift des BGB. § 368 Abs. 1 auf bestimmte Fälle gesetzlicher Pfandrechte anwendbar sein soll.

c. **Landesgesetzliche Vorschriften über den Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleiher und der Pfandleihanstalten** bleiben nach EGBGB. Art. 94 unberührt durch die Vorschriften des BGB. Da § 368 HGB. nur einen Zusatz zu den Bestimmungen des BGB. enthält, so ist jener Vorbehalt auch gegenüber dem § 368 wirksam.

II. **Verkauf eines Pfandes.**

a. **Pfand.** Da § 368 nur so weit reicht wie BGB. § 1234, so bezieht sich auch § 368 nur auf als Pfand zu verkaufende bewegliche Sachen oder solche Rechte, die verbrieft sind entweder durch Inhaberpapier oder durch ein indossierbares, Börsen- oder Marktpreis habendes Papier. Bezüglich der letzterwähnten Papierart ist allerdings, weil BGB. § 1295 nur auf BGB. § 1221 verweist, streitig, ob BGB. § 1234 auf sie Anwendung findet; doch ist dies zu bejahen, da sonst diese Art indossierbarer Papiere günstiger gestellt wäre als die Inhaberpapiere (D. 214, Planck[3] § 1295 Anm. 2; dagegen Staub Anm. 68 und andere).

1. Vertragspfand (§ 368 Abs. 1). Für die Fragen, wie ein Vertragspfand zu bestellen, wofür es haftet, wann die Berechtigung zum Verkauf eintritt, und wann das Pfandrecht erlischt, sind lediglich die Bestimmungen des BGB. §§ 1204 ff. maßgebend.

2. Gesetzliches Pfand (§ 368 Abs. 2). Der § 368 Abs. 2 nennt nur einzelne gesetzliche Pfandrechte, und §§ 623 Abs. 3, 731 Abs. 3, BinnenSchG. §§ 26, 77, 89 gesellen das gesetzliche Pfandrecht des Verfrachters von Gütern, des Binnenverfrachters von Reisegepäck

und der Vergütungsberechtigten bei Haverei hinzu. Man wird daher — entsprechend wie für § 366 Abs. 3 (§ 366 Anm. IIc 1, 2) — zu der Annahme gezwungen, daß (trotz BGB. § 1257) der § 368 auf andere Arten gesetzlicher Pfandrechte nicht Anwendung findet (ebenso Lehmann Nr. 3, wohl auch Düringer-Hachenburg Anm. IV 1, Goldmann Nr. 70; dagegen Staub Anm. 75), selbst dann nicht, wenn die Rechtshandlung, durch welche die Entstehung eines solchen andersartigen gesetzlichen Pfandrechts herbeigeführt wurde, beiderseitiges Handelsgeschäft war. Ob diese Unterscheidung beabsichtigt war, ist auch für § 368 — wie für § 366 — zweifelhaft, da zu § 368 die D. 211 unterschiedslos bemerkt: „In betreff der Dauer der Wartefrist muß für die gesetzlichen Pfandrechte im allgemeinen das Gleiche gelten wie für die vertragsmäßigen Pfandrechte. Im Abs. 2 . . . ist deshalb die Vorschrift des Abs. 1 auf die gesetzlichen Pfandrechte für entsprechend anwendbar erklärt."

3. Zurückbehaltungsrecht. Über die Befriedigung aus einer Sache, an der ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht besteht, bestimmt § 371 Abs. 2.

b. **Verkauf.** Der § 368 bezieht sich nur auf die in BGB. §§ 1234ff. geordnete Art des Pfandverkaufs; daneben bleibt daher in den geeigneten Fällen zulässig der Verkauf im Weg der Zwangsvollstreckung sowohl auf Grund eines gegen den Eigentümer erlangten vollstreckbaren Titels für das Recht zum Verkauf (BGB. § 1233 Abs. 2; oben Anm. Ib), wie auch auf Grund eines gegen den Schuldner erlangten vollstreckbaren Titels für die Forderung mit folgender Pfändung der dem Schuldner gehörenden Pfandsache. Unberührt bleibt ferner das in BGB. § 1294 geordnete Recht zur Einziehung einer durch indossierbares oder Inhaber-Papier verbrieften Forderung. — Dem § 368 gehen abweichende Vereinbarungen vor (BGB. § 1245; oben Anm. Ib). — Die Vorschriften des BGB. über Befriedigung aus dem Pfand sind auch anwendbar auf alle Arten gesetzlicher Pfänder (BGB. § 1257, D. 210); über die Anwendbarkeit des HGB. § 368 vgl. oben Anm. IIa 2.

III. **Handelsgeschäft.** Vgl. § 343 Anm. II, § 344.

a. **Als Regel beiderseitiges erforderlich.** Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 368 auf den Fall des Vertragspfands ist nach Abs. 1, daß die Verpfändung sowohl auf der Seite des Pfandgläubigers wie auch auf der Seite des Verpfänders Handelsgeschäft ist. Durch etwaige unverschuldet irrtümliche Annahme der Kaufmannseigenschaft des Verpfänders wird das Erfordernis des tatsächlichen Vorliegens dieser Eigenschaft nicht ersetzt (Düringer-Hachenburg Anm. II). Unerheblich ist, ob auch für den vom Verpfänder etwa verschiedenen Schuldner das Geschäft ein Handelsgeschäft war. — Entsprechendes gilt nach Abs. 2 auch für das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs und des Lagerhalters. Wie diese entsprechende Anwendung gedacht, ist nicht ganz zweifellos; denn während beim Vertragspfand die Person, die sich mit dem Pfandgläubiger über Bestellung des Pfandes einigt, stets zusammenfällt mit derjenigen, die den Besitz einräumt, kann beim gesetzlichen Pfandrecht des Kommissionärs die Person desjenigen, der den Kommissionsauftrag gibt (und dies entspricht wohl der Einigung über Pfandrechtsentstehung) verschieden sein von der Person desjenigen, der den Besitz überträgt (so z. B. bei der Einkaufskommission), während andererseits die Person des Auftraggebers mit der Person des Schuldners stets zusammenfällt. Die entsprechende Anwendung ist nun wohl dahin gemeint, daß bei der Kommission ein Handelsgeschäft sowohl auf Seite des Kommittenten wie auf Seite des Kommissionärs vorliegen muß (D. 211: „das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen das gesetzliche Pfandrecht enstanden ist"), während unerheblich ist, ob auch auf Seite desjenigen, der den Besitz an den Kommissionär überträgt, ein Handelsgeschäft vorliegt.

b. **Ausnahmsweise genügt einseitiges,** nämlich auf Seite des Spediteurs, des Frachtführers (§ 368 Abs. 2), des Verfrachters von Gütern zur See und auf Binnengewässern, sowohl wenn er das Pfandrecht in eigenem Namen geltend macht (§ 623 Abs. 3, BinnenSchG. § 26), wie auch, wenn er es für die Vergütungsberechtigten bei Haverei ausübt (§ 731 Abs. 3, BinnenSchG. § 89 Abs. 3), und des Binnenverfrachters von Reisegepäck (BinnenSchG. § 77 Abs. 2). Die Denkschrift 211 begründet diese Ausnahme damit, daß die Natur des Betriebs der Beförderungsunternehmungen und die Art, wie sie vom Publikum benutzt

werden, es untunlich mache, eine Verschiedenheit in betreff der Geltendmachung des Pfandrechts eintreten zu lassen, je nachdem der Absender oder Versender Kaufmann ist oder nicht.

IV. **Wartefrist.** Der § 368 setzt für die dort vorgesehenen Fälle (oben Anm. III) an die Stelle der in § 1234 Abs. 2 bestimmten Frist von einem Monat eine Frist von einer Woche. Im übrigen verbleibt es in allen Beziehungen bei den Vorschriften des BGB. § 1234: nach Eintritt der Verkaufsberechtigung (BGB. §§ 1228, 1243 Abs. 1, 1244) hat der Pfandgläubiger zunächst dem Eigentümer den Verkauf anzudrohen (vgl. § 373 Anm. XIV a) unter Bezeichnung des Geldbetrags, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll; die Androhung darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist (vgl. § 373 Anm. XIV b 2). Die dann vor Bewirkung des Pfandverkaufs einzuhaltende einwöchentliche Wartefrist endigt (BGB. § 188 Abs. 2) mit dem Ablauf desjenigen Tags, der durch seine Benennung dem Tag entspricht, an welchem die Androhung erfolgt bezw. (bei Untunlichkeit der Androhung) die Verkaufsberechtigung eingetreten ist. Die Wartefrist soll unter anderem dem Schuldner oder Verpfänder die Möglichkeit gewähren, geeignetenfalls eine einweilige Verfügung zu erwirken, durch welche dem Pfandgläubiger der Verkauf untersagt wird (D. 211).

XI. Zurückbehaltungsrecht (§§ 369—372).

§ 369.

Voraussetzungen.

Ein Kaufmann hat wegen der fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht an den beweglichen Sachen und Werthpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gelangt sind, sofern er sie noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann. Das Zurückbehaltungsrecht ist auch dann begründet, wenn das Eigenthum an dem Gegenstande von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist.

Einem Dritten gegenüber besteht das Zurückbehaltungsrecht insoweit, als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können.

Das Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung des Gegenstandes der von dem Schuldner vor oder bei der Uebergabe ertheilten Anweisung oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widerstreitet.

Der Schuldner kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

ADH. Art. 313. **Entw. I** § 340. **Entw. II** § 361.

I. Verhältnis des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts (HGB. §§ 369—372) zu den Zurückbehaltungsrechten des BGB.

a. Ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ein „Zurückbehaltungsrecht" im Sinn des BGB.?

Zweifelhaft ist, ob das Zurückbehaltungsrecht des HGB. und das Zurückbehaltungsrecht des BGB. trotz des gleichen Namens als zwei vollständig voneinander zu unterscheidende Rechte betrachtet werden müssen, oder ob vielmehr das gegenseitige Verhältnis dahin zu bestimmen ist, daß in den Fällen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zu den im BGB. bestimmten Wirkungen jedes (einschließlich des kaufmännischen) Zurückbehaltungsrechts weitere Wirkungen hinzukommen.

Nimmt man an, daß beide Rechte vollständig verschieden von einander sind, so wird man keine der Vorschriften, in denen das BGB. ein „Zurückbehaltungsrecht" erwähnt, auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht anwenden dürfen. Dies scheint die Ansicht Staubs Anm. 1 zu sein. Hierfür könnte man anführen, daß anderenfalls HGB. § 369 Abs. 4 überflüssig wäre, weil nur den § 273 Abs. 3 BGB. wiederholend; indessen wäre die ausdrückliche Wiederholung erklärbar durch den Wunsch, außer Zweifel zu stellen, daß nicht bloß die Rückhaltungs- sondern auch die Verkaufswirkung durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann.

Der gegenteiligen Ansicht, wonach in dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht nur eine Art der allgemeineren im BGB. als „Zurückbehaltungsrecht" bezeichneten Rechtseinrichtung zu finden ist, wird jedoch wohl der Vorzug zu geben sein (ebenso Schlegelberger AbhPrivrCPO. 12 192) aus folgenden Gründen:

1. Der § 369 HGB., indem er von „ein Zurückbehaltungsrecht" spricht, setzt den Begriff des „Zurückbehaltungsrechts" als einen weiteren und bekannten voraus. Das HGB. kennt außer dem in §§ 369—371 behandelten auch andere unter die Gattung „Zurückbehaltungsrecht" fallende Rechte (HGB. §§ 627, 751). Hiermit stimmt überein, daß eine Begriffsbestimmung von „Zurückbehaltungsrecht" in BGB. § 273 Abs. 1 gegeben ist (vgl. auch BGB. § 1000). Und zwar paßt letztere Begriffsbestimmung auch auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (dagegen Staub Anm. 1, anscheinend auch Düringer-Hachenburg Anm. III, Goldmann Vorbem. zu § 369), denn auch letzteres besteht in dem „Recht, die geschuldete Leistung (nämlich die Herausgabe der beweglichen Sachen oder Wertpapiere) zu verweigern, bis die dem Schuldner gebührende Leistung bewirkt wird" (unten Anm. V a 1). Nur tritt beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht noch eine fernere Wirkung, das Befriedigungsrecht, hinzu (HGB. § 371).
2. Nur die letztere Wirkung, das Befriedigungsrecht, ist im HGB. ausführlich geordnet (§§ 371, 372); dagegen enthält das HGB. — wenn man von dem auf beide Wirkungen bezüglichen § 369 Abs. 2 und 4 absieht — keine Vorschriften über die Wirkung des Herausgabeweigerungsrechts. Da nun das BGB. derartige Vorschriften enthält, so liegt es nahe, diese unmittelbar anzuwenden, statt in jedem einzelnen Fall die Frage entsprechender Anwendbarkeit aufzuwerfen. Nur auf diese Weise läßt sich auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht in den Rahmen der allgemeinen Bestimmungen des BGB. befriedigend einreihen.
3. Für die CPO. ist man ohnedies gezwungen, unter dem dort (CPO. § 777) erwähnten

„Zurückbehaltungsrecht" sowohl das Zurückbehaltungsrecht des BGB. wie auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht zu begreifen (Begründung S. 158 zum G. betr. Änderung der CPO. § 692a, Staub Anm. 60), und es ist nicht wünschenswert, ohne zwingenden Grund denselben Ausdruck anders für das BGB. (vgl. z. B. BGB. § 772 Abs. 2) als für die CPO. auszulegen.

b. **Folgende Vorschriften des BGB. und der CPO. sind mithin** (oben zu a) **auch auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht anzuwenden.**

1. Verurteilung zur Leistung Zug um Zug (BGB. § 274; hierzu CPO. §§ 726 Abs. 2, 756, 765). Der § 274 BGB. lautet:

„Gegenüber der Klage des Gläubigers hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nur die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen ist.

Auf Grund einer solchen Verurteilung kann der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn der Schuldner im Verzuge der Annahme ist."

Das HGB. enthält keine Vorschrift darüber, ob bei gerechtfertigter Ausübung des Zurückbehaltungsrechts die auf Herausgabe gerichtete Klage des Gläubigers abzuweisen oder ob auf Leistung Zug um Zug zu erkennen ist. Nach dem oben zu a Ausgeführten ist daher § 274 BGB. anzuwenden (ebenso OLG. Kiel 22 III 05 OLGRspr 11 409). Demgegenüber könnte man darauf hinweisen wollen, daß die D. 212, indem sie BGB. § 986 Abs. 2 als auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht anwendbar voraussetzt, auch BGB. § 986 Abs. 1 als anwendbar voraussetze, mithin für Abweisung der Klage des Gläubigers sich ausspreche. Diese Folgerung ist jedoch keine notwendige, denn auch für das Zurückbehaltungsrecht des BGB. § 273 ist BGB. § 986 Abs. 2 anwendbar (da auch der Rückhalter ein „Recht zum Besitz" hat; Planck[3] § 986 Anm. 1a β, OLG. Kiel 5 XI 01 OLGRspr. 4 27), BGB. § 986 Abs. 1 aber — soweit der Erfolg einer Klage in Frage steht — durch BGB. § 274 ersetzt. Man kann ferner auch nicht einwenden, daß, falls BGB. § 986 Abs. 2 als anwendbar auf BGB. § 273 (und mithin gemäß dem zu a Ausgeführten als anwendbar auch auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht) angesehen werde, der § 369 Abs. 2 HGB. überflüssig sei; denn (abgesehen davon, daß man das Gleiche auch gegen den Gedankengang in der Denkschrift sagen könnte) HGB. § 369 Abs. 2 geht über BGB. § 986 Abs. 2 jedenfalls insoweit hinaus, als aus ersterer, aber nicht schon aus letzterer Vorschrift, folgt, daß auch das Befriedigungsrecht des HGB. §§ 371, 372 Dritten gegenüber unter Umständen ausgeübt werden kann; letzteres folgt nicht etwa bereits aus HGB. § 371 Abs. 2 Satz 1, da die dortige Bezugnahme auf das BGB. den § 1227 BGB. nicht einschließt. Endlich kann man auch nicht etwa einwenden, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, weil inhaltlich dem Pfandrecht näher als dem gewöhnlichen Zurückbehaltungsrecht stehend, entsprechend dem ersteren und nicht entsprechend dem letzteren zu behandeln sei; denn in der hier fraglichen Hinsicht der Verteidigung seitens des Besitzers gegenüber der Eigentumsklage unterscheiden sich beide Zurückbehaltungsrechte gemeinsam von dem Pfandrecht darin, daß bei jenen das Recht zum Besitz frühestens gleichzeitig beginnt mit der Verpflichtung des Besitzers zur Entgegennahme der Leistung des Schuldners (auch HGB. § 370 macht keine Ausnahme, denn in dem nach § 369 Abs. 4 dem Schuldner eingeräumten Recht der Abwendung durch Sicherheitsleistung liegt als geringeres das Recht der Abwendung durch Zahlung [unten Anm. V d 4]), während beim Pfandrecht das Recht zum Besitz schon vorher vorhanden sein kann (BGB. § 271 Abs. 2, § 1204 Abs. 2); auch beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht entspricht daher die Verurteilung Zug um Zug stets dem materiellen Recht, während dies beim Pfandrecht nicht immer der Fall sein würde. — Das „nur" in BGB. § 274 braucht nicht zu stören, denn BGB. § 274 behandelt überhaupt nur die Wirkung, die infolge Klage des „Gläubigers" (= „Schuldners" im Sinn des HGB. § 369) eintritt, schließt also nicht aus, daß ein Zurückbehaltungsrecht ohne Rücksicht auf jene Klage auch noch andere Wirkungen (HGB. §§ 371, 372) haben kann.

2. **Verpflichtung, sich zunächst an die zurückbehaltene Sache zu halten**; bei Bürgschaft und Zwangsvollstreckung (BGB. § 772 Abs. 2, § 773, CPO. § 777). Ist die Bürgschaft für den Bürgen kein Handelsgeschäft (HGB. § 349), und ist sie weder eine selbstschuldnerische (BGB. § 773 Nr. 1), noch die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge nachträglicher Änderung von Wohnsitz, Niederlassung oder Aufenthaltsort wesentlich erschwert (BGB. § 773 Nr. 2), so kann der Bürge durch Einrede verlangen, daß der Gläubiger, wenn ihm an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners ein Zurückbehaltungsrecht zusteht (und der Gläubiger wegen etwaiger anderer Forderungen gedeckt bleibt), zunächst aus jener Sache Befriedigung sucht (BGB. § 772). Hat der pfändende Gläubiger eine bewegliche Sache des Schuldners im Besitz, in Ansehung deren ihm ein Zurückbehaltungsrecht für seine Forderung zusteht, so kann der Schuldner im Weg einer Erinnerung gegen die Art und Weise der Vollstreckung (CPO. § 766) der Zwangsvollstreckung widersprechen, soweit die Forderung durch den Wert der Sache gedeckt ist und wenn der Gläubiger wegen etwaiger anderer Forderungen gedeckt bleibt (CPO. § 777). Unter Sache ist in beiden Bestimmungen auch ein durch Inhaberpapier verbrieftes Recht begriffen; dagegen wohl auch in der CPO. nicht ein durch auf Namen lautendes Wertpapier verbrieftes Recht (a. M. Staub Anm. 60), denn im neuen § 777 CPO. ist, weil er dem BGB. § 772 Abs. 2 nachgebildet, „Sache" im Sinn des BGB. auszulegen, nicht im abweichenden (vgl. CPO. § 822 und die hierdurch bedingte Fassung des § 808 Abs. 2) Sinn der älteren Bestandteile der CPO.
3. **Keine Verjährungshemmung** tritt ein auf Grund eines der Forderung entgegenstehenden kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts (BGB. § 202 Abs. 2).
4. **An sich anwendbar, aber in den regelmäßigen Fällen gegenstandslos bei Anwendung auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht sind:**

   § 175 BGB. (kein Zurückbehaltungsrecht an Vollmachtsurkunde), weil nach herrschender Meinung (unten Anm. IV a 3) an einer derartigen Urkunde ohnedies kein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht bestehen kann;

   § 556 Abs. 2 BGB. (kein Zurückbehaltungsrecht des Mieters am Grundstück), weil ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht nicht an Grundstücken bestehen kann;

   § 1000 Satz 2 (§ 972) BGB. (kein Zurückbehaltungsrecht des Besitzers wegen Verwendungen, wenn die Sache durch vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt), weil ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht nur an mit Willen (unten Anm. IV c) des Schuldners in den Besitz des Gläubigers gelangten Sachen bestehen kann.

c. **Verhältnis des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zu dem Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. insbesondere.** Die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts sind andere als die Voraussetzungen des in § 273 BGB. geordneten Zurückbehaltungsrechts, teils strengere, teils weniger strenge, doch so, daß in vielen Einzelfällen gleichzeitig beide Arten des Zurückbehaltungsrechts gegeben sein werden. Die Voraussetzungen beider Rechte unterscheiden sich namentlich in folgenden Beziehungen:

1. **Rückhalter und Rückhaltungsgegner** müssen im Fall des HGB. § 369 Kaufleute sein; im Fall des BGB. § 273 können es beliebige Personen sein.
2. **Die Ansprüche, wegen deren zurückbehalten wird**, müssen im Fall des HGB. § 369 Forderungen sein (unten Anm. III b) und auf zwischen dem Rückhalter und Rückhaltungsgegner geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften beruhen, wogegen unerheblich ist, ob sie aus demselben Rechtsverhältnis herrühren, auf dem die Verpflichtung beruht; im Fall des BGB. § 273 dagegen ist unerheblich, ob ein forderungsrechtlicher oder ein nichtforderungsrechtlicher Anspruch und ob ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorlag, notwendig jedoch, daß der Anspruch aus demselben Rechtsverhältnis herrührt, insbesondere bei herauszugebenden Gegenständen, daß er wegen Verwendung auf den Gegenstand oder wegen eines durch diesen verursachten Schadens zusteht. Fälligkeit ist in HGB. § 369 nur als Regel (vgl. § 370), in BGB. § 273 dagegen ausnahmslos als vorhanden erfordert.
3. **Rückhaltungsgegenstand.** Gegenstand der Zurückbehaltung können nach HGB. § 369

nur bewegliche Sachen oder Wertpapiere sein, nach BGB. § 273 eine Leistung jeder Art (Abs. 1), insbesondere jeder Gegenstand (Abs. 2).

4. Art der Besitzerlangung am Rückhaltungsgegenstand. Das HGB. § 369 fordert, daß das Zurückgehaltene mit Willen des Schuldners und auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Rückhalters gelangt ist; das BGB. § 273 enthält für den Fall seines Abs. 1 keine entsprechende Einschränkung und schließt für die in seinem Abs. 2 geordneten Fälle einer Rückhaltung von Gegenständen nur diejenigen Gegenstände von der Rückhaltung aus, die durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt sind.

5. Im Konkurs gibt das Zurückbehaltungsrecht des HGB. § 369 stets (KO. § 49 Nr. 4), das Zurückbehaltungsrecht des BGB. § 273 jedoch nur ausnahmsweise (KO. § 49 Nr. 1, 3) ein Absonderungsrecht. Ein Absonderungsrecht der in KO. § 49 Nr. 1 bezeichneten Art geht in und außer dem Konkurs einem Zurückbehaltungsrecht der in KO. § 49 Nr. 3, 4 bezeichneten Art vor (KO. § 49 Abs. 2, EG. v. 1898 z. KO. Art. III).

6. Dinglichkeit ist nach der hier vertretenen Ansicht für das Zurückbehaltungsrecht des HGB. § 369 anzunehmen; dagegen ist das Zurückbehaltungsrecht des BGB. § 273 kein dingliches Recht (unten Anm. V b).

II. **Kaufmannseigenschaft des Rückhalters und des Schuldners.** Nur falls beide Personen Kaufleute (§ 1 Anm. IV, § 343 Anm. II b) sind, ist ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht begründet (§ 369). Man könnte folgern wollen, daß die ausdrückliche Hervorhebung der Kaufmannseigenschaft in § 369 so überflüssig sei wie in §§ 343, 353 (§ 343 Anm. II b 2, § 353 Anm. I b 1), da in § 369 das Merkmal der Kaufmannseigenschaft ohnedies daraus folge, daß nur wegen Forderungen aus „beiderseitigen Handelsgeschäften" das Zurückbehaltungsrecht zusteht, ein beiderseitiges Handelsgeschäft aber nur dann vorliegen könne, wenn beide Parteien Kaufleute sind (§ 343 Abs. 1). Indessen hat für den § 369 die Hervorhebung jenes Merkmals doch eine selbständige Bedeutung. Die Notwendigkeit des Vorliegens eines „beiderseitigen Handelsgeschäfts" verweist nur auf den Zeitpunkt des Abschlusses jenes Geschäfts, während in der Betonung, daß nur „ein Kaufmann" „gegen einen anderen Kaufmann" das Zurückbehaltungsrecht habe, der Hinweis darauf zu finden ist, daß die Eigenschaft auch zu einem späteren Zeitpunkt vorhanden sein muß. Welches dieser spätere Zeitpunkt ist, kann allerdings zweifelhaft sein. Da aber anzunehmen ist, daß ein vorhandenes Recht nicht durch Änderungen in sonstigen persönlichen Verhältnissen eines der Beteiligten erlöschen soll (vgl. auch § 353 Anm. I b 1), so wird der Zeitpunkt, in welchem das Zurückbehaltungsrecht entstand (vgl. § 353 Anm. I b 1; ebenso Staub Anm. 4, 5, Lehmann Nr. 2, Düringer-Hachenburg Anm. IV 1, Schlegelberger AbhPrivrCPO. 12 195), in welchem also (unten Anm. V c; dagegen Str. 99 125) der Rückhalter außer einer zur Rückhaltung geeigneten Forderung auch den Besitz erlangte, als der maßgebende anzusehen sein. Hiernach muß bei beiden Personen Kaufmannseigenschaft vorhanden sein sowohl bei Abschluß des Geschäfts, auf dem die Forderung, wegen deren zurückbehalten wird, beruht, wie auch in demjenigen Zeitpunkt, in dem der Rückhalter zuerst gleichzeitig eine zur Rückhaltung geeignete Forderung und den Besitz am Rückhaltungsgegenstand erlangt hat, während ein späteres Aufhören der Kaufmannseigenschaft unerheblich ist.

III. **Forderungen, wegen deren Zurückbehaltung zulässig,** sind nur diejenigen, welche dem Rückhalter gegen den Rückhaltungsgegner aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen und die (mit den Ausnahmen des § 370) fällig (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I—IV) sind.

a. **„Forderungen"** nennt § 369, während BGB. § 273 allgemein von „Anspruch" handelt. Hiernach ist § 369 auf nicht forderungsrechtliche Ansprüche nicht anwendbar (dagegen Schlegelberger AbhPrivrCPO. 12 210). Daß die Forderung eine solche sein müsse, die in eine Geldforderung übergehen kann (so Staub Anm. 9, Lehmann Nr. 6, Düringer-Hachenburg Anm. IV 2 c, Schlegelberger AbhPrivrCPO. 12 211), ist nicht vorgeschrieben. Auch an Forderungen, die nicht in eine Geldforderung übergehen können, ist daher ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht möglich; nur beschränkt sich in diesem Fall seine Wirkung auf die Herausgabeweigerung, denn der Verkauf ist nach BGB. § 1228 Abs. 2 Satz 2, HGB. § 371 Abs. 2 Satz 1 unzulässig. Dasselbe gilt, solange eine Forderung, die in eine Geldforderung über-

gehen kann, nicht tatsächlich so übergegangen ist (BGB. u. HGB. a. a. O.). — Verjährung der Forderung beseitigt nicht ein bereits vor Verjährung entstandenes Zurückbehaltungsrecht vgl. BGB. § 223, Lehmann Nr. 3, Schlegelberger AbhPrivrCPO. 12 211).

b. **Beiderseitiges Handelsgeschäft.** Vgl. § 352 Anm. IIb 3. Beruht die Forderung auf einem beiderseitigen Handelsgeschäft, so ist unerheblich, ob sie gleichzeitig auch noch auf einem Nichthandelsgeschäft (z. B. einer nichtbetriebszugehörigen Straftat, ROH. 6 197) beruht. — Kosten und Zinsen, selbst soweit nicht auf beiderseitigem Handelsgeschäft beruhend, werden mittelbar durch das Zurückbehaltungsrecht gedeckt, da der Rückhalter Tilgung der Hauptforderung nicht vor Tilgung von Kosten und Zinsen anzunehmen braucht (BGB. § 367); für den Fall des Rückhaltungsverkaufs (HGB. § 371) ist BGB. § 1210 Abs. 2 für entsprechend anwendbar zu erachten (ebenso Staub Anm. 56). — Eine Einschränkung enthält das Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung von Wertpapieren für den Fall, daß ein Kaufmann, der im Betrieb seines Handelsgewerbes einem Dritten fremde Wertpapiere ausantwortet zwecks Aufbewahrung, Veräußerung, Umtausch oder Bezug anderer Papiere oder der einem Dritten einen Auftrag zur Anschaffung solcher Wertpapiere weitergibt, dem Dritten hierbei mitteilt, daß die ausgeantworteten Papiere fremde seien bzw. daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe. Der § 8 Abs. 2 AufbewahrungsG. lautet:

„Der Dritte, welcher eine solche Mitteilung empfangen hat, kann an den übergebenen oder an den neu beschafften Papieren ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen an seinen Auftraggeber geltend machen, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind."

c. **„Zwischen ihnen"** (dem Rückhalter und dem Schuldner) muß das beiderseitige Handelsgeschäft geschlossen sein. Hieraus folgt, daß wegen einer durch Sondernachfolge erworbenen Forderung nicht ein Zurückbehaltungsrecht neu für den Erwerber entstehen kann (RG. 9 49, 18 234; dagegen CosackHR. § 31 I 1). Anders nur bei Sondernachfrage auf Grund Indossierung eines Order- (RG. 9 45; dagegen OTr. 62 198) oder Übergabe eines Inhaberpapiers (Staub Anm. 7), weil in diesen Fällen der Schuldner von Anfang an sich unmittelbar gegenüber jedem späteren Gläubiger verpflichtet. Ist die Forderung durch Gesamtnachfolge erworben, so kann der Erwerber wegen derselben ein Zurückbehaltungsrecht ausüben (dagegen Lehmann Nr. 4, Schlegelberger AbhPrivrCPO. 12 215). — Bestritten ist, ob auch ein vorhandenes Zurückbehaltungsrecht in keinem Fall durch Sondernachfolge übergehen kann. Getrennt von der Forderung kann es nicht übergehen, weil — von besonders geordneten Ausnahmen abgesehen — kein Sicherungsrecht getrennt von dem Anspruch, den es sichern soll, übertragen werden kann (vgl. BGB. § 1153 Abs. 2, § 1250 Abs. 1 Satz 2). Ob bei Abtretung der Forderung das Zurückbehaltungsrecht auch ohne ausdrückliche Erwähnung übergeht, ist durch BGB. § 401 nicht verneinend entschieden, da eine entsprechende Anwendung der in BGB. 401 gegebenen Vorschrift auf andere, dort nicht erwähnte Sicherungsrechte nicht ausgeschlossen ist (Planck[3] § 401 Anm. 1). Die herrschende Meinung verneint es (ROH. 5 307, 10 162, Staub Anm. 7, Düringer-Hachenburg Anm. IV 2a). Bei ausdrücklicher Erwähnung des Zurückbehaltungsrechts dagegen kann dieses mit der Forderung abgetreten werden (ROH. 5 306, Staub Anm. 7, Düringer-Hachenburg Anm. IV 2a); doch nur so, daß gleichzeitig auch der Besitz an dem vom ersten Rückhalter zurückbehaltenen Gegenstand übertragen wird, denn sonst würde ein Fall vollständigen Untergangs des früheren Zurückbehaltungsrechts und des Entstehens eines neuen Zurückbehaltungsrechts vorliegen.

d. **„Geschlossen."** Dies Wort ist wohl ohne selbständige Bedeutung und nicht etwa eng dahin auszulegen, daß nur wenn die Forderung auf einem Vertrag beruht, ein Zurückbehaltungsrecht gegeben sei. Das Zurückbehaltungsrecht deckt daher z. B. auch die gemäß § 362 Abs. 2 entstandene Forderung an einen Kaufmann für Kosten der Aufbewahrung zugesendeter Ware.

e. **Fälligkeit** der Forderung ist als Regel gefordert; Ausnahmen sind in § 370 zugelassen. Sobald die Forderung fällig wird, entsteht — auch ohne besondere Erklärung der Geltendmachung — ein Zurückbehaltungsrecht an den zu dieser Zeit bereits im Besitz des Rückhalters befindlichen rückhaltbaren Gegenständen, und die später in seinen Besitz gelangenden rückhalt-

baren Gegenstände werden mit der Besitzerlangung gleichfalls dem Zurückbehaltungsrecht unterworfen (unten Anm. V c).

IV. **Rückhaltbare Gegenstände** sind die beweglichen Sachen oder Wertpapiere des Schuldners (ausnahmsweise auch des Rückhalters; § 369 Abs. 1 Satz 2), welche mit Willen des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Rückhalters gelangt sind, sofern letzterer sie noch im Besitz hat.

a. **Bewegliche Sachen oder Wertpapiere.**

1. Bewegliche Sachen ist gleichbedeutend mit Waren (vgl. § 1 Anm. IX d 2) und bezieht sich nur auf körperliche Gegenstände. Geld ist Gegenstand des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts nur, wenn Geldstücke als körperliche Sachen zurückbehalten werden, nicht auch, wenn nur die Leistung einer in Geld als Wertmesser ausgedrückten Schuld in Frage steht (RG. 12 90; anders im Fall des BGB. § 273). Nicht rückhaltbar sind alle Arten von Rechten.

2. Wertpapiere. Vgl. § 1 Anm. IX e, § 179 Anm. IV b, § 381 Anm. I a.

Wertpapiere im Sinn des § 369 sind zunächst die Inhaberpapiere; insbesondere auch Inhaber-Grundschuldbriefe und -Rentenbriefe (vgl. BGB. § 1195 Satz 2, HGB. § 222 Anm. IV a 1; a. M. anscheinend Staub Anm. 15); ferner wohl auch Karten, Marken oder ähnliche Urkunden, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist (Staub Anm. 15), falls sie nach Absicht der Parteien zur Leistung an den Inhaber verpflichten, nicht nur berechtigen.

Die herrschende Meinung rechnet ferner zu den Wertpapieren im Sinn des § 369 alle durch Indossament übertragbaren Namenpapiere (Staub Anm. 14). Dies ist jedoch als richtig nur für den Fall zuzugeben (dagegen Lehmann Nr. 9), daß das betreffende Papier auch tatsächlich entweder auf den Namen des Rückhalters ausgestellt oder an ihn indossiert oder mit Blankoindossament versehen ist (vgl. BGB. § 1296 „Wertpapier" mit § 1292, vgl. auch BGB. § 234) oder doch (wie z. B. bei Rückgriff auf Grund eines vom Rückhalter bei seinem Nachmann eingelösten Wechsels) die Ausübung des Rechts durch die Innehabung der Urkunde erst ermöglicht wird; denn zwischen der Rückhaltung eines indossierbaren, aber nicht indossierten und mithin für den Rückhalter unverwertbaren Papiers und der Rückhaltung einer gewöhnlichen Beweisurkunde ist kein Unterschied einzusehen. Unter vorstehender Voraussetzung sind als Wertpapier im Sinn des § 369 anzusehen z. B. auch Wechsel (D. 212), nach der Rechtsprechung auch die nur mit Genehmigung der Gesellschaft übertragbaren Namenaktien (RG. 36 38, vgl. RG. 37 139 und unten zu 4; ebenso Düringer-Hachenburg Anm. IV 3 a, Goldmann Nr. 20, Schlegelberger AbhPrivrCPD. 12 197; dagegen Staub Anm. 16; vgl. auch oben § 179 Anm. IV b), kaufmännische Anweisungsscheine wohl selbst vor Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen.

Nicht zu den Wertpapieren im Sinn des § 369 sind dagegen alle übrigen über ein Recht ausgestellten Urkunden zu rechnen; also diejenigen, bei denen das zu grund liegende Recht entweder garnicht oder nur in Form des Abtretungsvertrags (BGB. § 398) übertragbar ist, insbesondere die Ausweis- (Legitimations-) papiere (BGB. § 808); mithin z. B. Hypothekenbriefe (RG. 20 135), Namengrundschuldbriefe, Anteilscheine einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (RG. 53 109), nichtkaufmännische Anweisungen, Erneuerungsscheine (RG. 3 154), als Ausweispapiere ausgestellte Lebens-, Feuerversicherungspolizen (RG. 29 299) und Sparkassenbücher (RG. 10 40).

3. Rückhaltbarkeit einer Urkunde als Stück Papier? Eine weiter aufzuwerfende Frage ist, ob die vorstehend zu 2 zuletzt erwähnten Urkunden, wenngleich sie nicht als Wertpapiere zurückgehalten werden können, doch als bewegliche Sachen rückhaltbar sind, d. h. ob, wenngleich die Zurückbehaltung des Papiers den Rückhaltungsgegner garnicht oder nicht dauernd hindert, gegenüber Dritten die verbriefte Forderung geltend zu machen, dennoch das Stück Papier als solches, trotz seines geringen Werts, auf Grund des gesetzlichen kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zurückbehalten werden kann. Dies wird vom Reichsgericht in feststehender Rechtsprechung verneint (RG. 20 135, 29 301, 36 40; ebenso Staub Anm. 15, Lehmann Nr. 7, Düringer-Hachenburg Anm. IV 3 b,

Goldmann Nr. 20; dagegen ROH. 3 160, 6 198, 9 243; vgl. 18 20). Die Gründe des Reichsgerichts sind indessen nicht überzeugend. Daß der zurückbehaltene Gegenstand verkauft werden kann, ist nicht wesentliches Erfordernis des Zurückbehaltungsrechts (unten Anm. V a 2). Die Zurückbehaltung des Papiers ist aber trotz dessen Unverkäuflichkeit in vielen Fällen geeignet, einen mittelbaren Zwang zur Tilgung der Schuld auszuüben, da in diesem Fall der Schuldner Aufgebotskosten aufwenden müßte oder andere Unbequemlichkeiten haben würde, um sich in die Lage zu setzen, über die verbriefte Forderung trotz Zurückbehaltung des Papiers verfügen zu können. Es ist nicht einzusehen, warum die Ausübung dieses geringeren mittelbaren Zwangs ausgeschlossen sein sollte, weil der stärkere Zwang in diesem Fall nicht ausübbar ist. In der Tat läßt selbst das Reichsgericht die vertragliche Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts an einer Beweis- oder Legitimationsurkunde zu, sowohl nach früherem Recht unter der damaligen Voraussetzung, daß das so eingeräumte Zurückbehaltungsrecht ein dingliches sei (RG. 16 172, 20 135, 29 302), wie auch nach jetzigem Recht, nach welchem (unten Anm. V b) ein vertraglich eingeräumtes Sicherungsrecht nur forderungsrechtliche Wirkung hat (RG. 51 87). Nicht folgerichtig aber wird als Inhalt einer gesetzlichen Vorschrift für unmöglich erklärt, was vertraglich bestimmt werden darf. Auch BGB. § 175 setzt voraus, daß an sich ein Zurückbehaltungsrecht an einer Urkunde, die kein Wertpapier ist, möglich ist. Andererseits steht BGB. § 952 nicht entgegen, da, wie das Eigentum nicht das Recht des unmittelbaren Besitzers aufhebt, so auch das Recht eines Dritten nicht das mit dem Besitz verknüpfte Zurückbehaltungsrecht.

4. Einfluß von Veräußerungsbeschränkungen. Daß die Veräußerung des Gegenstands verboten oder nur mit Genehmigung eines Dritten zulässig, hindert an sich nicht die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber dem Schuldner (unten Anm. V a 2; dagegen Staub Anm. 16, 17), es kommt in diesen Fällen vielmehr nur darauf an, ob das Merkmal des „mit Willen des Schuldners in den Besitz Gelangen" vorliegt, wobei dieser Wille nur insoweit als vorhanden gilt, wie das Gesetz ihn als maßgebend anerkennt. Kein Zurückbehaltungsrecht entsteht hiernach, falls der Wille des Schuldners allein nicht ausreicht zur Einräumung eines Sicherungsrechts; ob zu einer Veräußerung, ist nur insoweit erheblich, als die Vorschriften über Verfügung durch Veräußerung für anwendbar erklärt sind auch auf Verfügung durch Einräumung eines Sicherungsrechts. Ist die Willensäußerung des Schuldners nichtig, so kann er selbst den Gegenstand zurückfordern (vgl. z. B. BGB. § 134); ist die Willensäußerung des Schuldners nur Dritten gegenüber nicht maßgebend (vgl. z. B. BGB. §§ 135, 136, HGB. § 223 Anm. IV a), so entsteht zwar ein Zurückbehaltungsrecht, es steht aber einem etwaigen Herausgabeanspruch des Dritten nicht entgegen (ähnlich Staub Anm. 17).

5. Erstreckt sich das Zurückbehaltungsrecht nur auf Werte in Höhe der Forderung? Dies bejahen Staub Anm. 55, Düringer-Hachenburg Anm. XII, Lehmann Nr. 18 im Anschluß an die nach früherem Recht ergangenen Entscheidungen des ROH. 2. 383, 18 276; vgl. auch ROH. 14 112. Auch das Zurückbehaltnngsrecht des BGB. § 273 ist als ein so beschränktes ausgelegt worden (RG. 61 133; dagegen Planck[3] § 273 Anm. 1). Richtig ist, daß das Befriedigungsrecht (unten Anm. V a 2) nur auf Gegenstände, deren Wert die Forderung zu decken geeignet ist, sich erstreckt (BGB. §§ 1230 Satz 2, 1243 Abs. 1, 1282 Abs. 1 Satz 2, HGB. § 371 Abs. 2). Im Gegensatz zu dieser Ansicht wird man aber bezüglich des Herausgabeweigerungsrechts (unten Anm. V a 1) anzunehmen haben, daß an sich keine derartige Beschränkung der Rechte des Rückhalters besteht, denn nach § 369 Abs. 1 steht das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht an „den", d. h. allen beweglichen Sachen usw. zu; indessen wird dem Schuldner das Recht zuzugestehen sein, zu verlangen, daß der Rückhalter sein Zurückbehaltungsrecht insoweit aufgebe, wie der Wert der zurückbehaltenen Gegenstände den Wert der Forderung übersteigt. Wollte man mit der herrschenden Meinung weitergehend annehmen, daß von Anfang an das Zurückbehaltungsrecht nur in so beschränkter Höhe bestehe, so würde dies — da Gläubiger die Wahl zwischen mehreren Gegenständen hätte — dazu führen, das Entstehen des Zurückbehaltungs-

baren Gegenstände werden mit der Besitzerlangung gleichfalls dem Zurückbehaltungsrecht unterworfen (unten Anm. V c).

IV. **Rückhaltbare Gegenstände** sind die beweglichen Sachen oder Wertpapiere des Schuldners (ausnahmsweise auch des Rückhalters; § 369 Abs. 1 Satz 2), welche mit Willen des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Rückhalters gelangt sind, sofern letzterer sie noch im Besitz hat.

a. **Bewegliche Sachen oder Wertpapiere.**

1. Bewegliche Sachen ist gleichbedeutend mit Waren (vgl. § 1 Anm. IX d 2) und bezieht sich nur auf körperliche Gegenstände. Geld ist Gegenstand des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts nur, wenn Geldstücke als körperliche Sachen zurückbehalten werden, nicht auch, wenn nur die Leistung einer in Geld als Wertmesser ausgedrückten Schuld in Frage steht (RG. 12 90; anders im Fall des BGB. § 273). Nicht rückhaltbar sind alle Arten von Rechten.

2. Wertpapiere. Vgl. § 1 Anm. IX e, § 179 Anm. IV b, § 381 Anm. I a.

Wertpapiere im Sinn des § 369 sind zunächst die Inhaberpapiere; insbesondere auch Inhaber-Grundschuldbriefe und -Rentenbriefe (vgl. BGB. § 1195 Satz 2, HGB. § 222 Anm. IV a 1; a. M. anscheinend Staub Anm. 15); ferner wohl auch Karten, Marken oder ähnliche Urkunden, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist (Staub Anm. 15), falls sie nach Absicht der Parteien zur Leistung an den Inhaber verpflichten, nicht nur berechtigen.

Die herrschende Meinung rechnet ferner zu den Wertpapieren im Sinn des § 369 alle durch Indossament übertragbaren Namenpapiere (Staub Anm. 14). Dies ist jedoch als richtig nur für den Fall zuzugeben (dagegen Lehmann Nr. 9), daß das betreffende Papier auch tatsächlich entweder auf den Namen des Rückhalters ausgestellt oder an ihn indossiert oder mit Blankoindossament versehen ist (vgl. BGB. § 1296 „Wertpapier" mit § 1292, vgl. auch BGB. § 234) oder doch (wie z. B. bei Rückgriff auf Grund eines vom Rückhalter bei seinem Nachmann eingelösten Wechsels) die Ausübung des Rechts durch die Innehabung der Urkunde erst ermöglicht wird; denn zwischen der Rückhaltung eines indossierbaren, aber nicht indossierten und mithin für den Rückhalter unverwertbaren Papiers und der Rückhaltung einer gewöhnlichen Beweisurkunde ist kein Unterschied einzusehen. Unter vorstehender Voraussetzung sind als Wertpapier im Sinn des § 369 anzusehen z. B. auch Wechsel (D. 212), nach der Rechtsprechung auch die nur mit Genehmigung der Gesellschaft übertragbaren Namenaktien (RG. 36 38, vgl. RG. 37 139 und unten zu 4; ebenso Düringer-Hachenburg Anm. IV 3 a, Goldmann Nr. 20, Schlegelberger AbhPrivrCPO. 12 197; dagegen Staub Anm. 16; vgl. auch oben § 179 Anm. IV b), kaufmännische Anweisungsscheine wohl selbst vor Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen.

Nicht zu den Wertpapieren im Sinn des § 369 sind dagegen alle übrigen über ein Recht ausgestellten Urkunden zu rechnen; also diejenigen, bei denen das zu grund liegende Recht entweder garnicht oder nur in Form des Abtretungsvertrags (BGB. § 398) übertragbar ist, insbesondere die Ausweis- (Legitimations-) papiere (BGB. § 808); mithin z. B. Hypothekenbriefe (RG. 20 135), Namengrundschuldbriefe, Anteilscheine einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (RG. 53 109), nichtkaufmännische Anweisungen, Erneuerungsscheine (RG. 3 154), als Ausweispapiere ausgestellte Lebens-, Feuerversicherungspolizen (RG. 29 299) und Sparkassenbücher (RG. 10 40).

3. Rückhaltbarkeit einer Urkunde als Stück Papier? Eine weiter aufzuwerfende Frage ist, ob die vorstehend zu 2 zuletzt erwähnten Urkunden, wenngleich sie nicht als Wertpapiere zurückgehalten werden können, doch als bewegliche Sachen rückhaltbar sind, d. h. ob, wenngleich die Zurückbehaltung des Papiers den Rückhaltungsgegner garnicht oder nicht dauernd hindert, gegenüber Dritten die verbriefte Forderung geltend zu machen, dennoch das Stück Papier als solches, trotz seines geringen Werts, auf Grund des gesetzlichen kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zurückbehalten werden kann. Dies wird vom Reichsgericht in feststehender Rechtsprechung verneint (RG. 20 135, 29 301, 36 40; ebenso Staub Anm. 15, Lehmann Nr. 7, Düringer-Hachenburg Anm. IV 3 b,

Goldmann Nr. 20; dagegen ROH. 3 160, 6 198, 9 243; vgl. 18 20). Die Gründe des Reichsgerichts sind indessen nicht überzeugend. Daß der zurückbehaltene Gegenstand verkauft werden kann, ist nicht wesentliches Erfordernis des Zurückbehaltungsrechts (unten Anm. V a 2). Die Zurückbehaltung des Papiers ist aber trotz dessen Unverkäuflichkeit in vielen Fällen geeignet, einen mittelbaren Zwang zur Tilgung der Schuld auszuüben, da in diesem Fall der Schuldner Aufgebotskosten aufwenden müßte oder andere Unbequemlichkeiten haben würde, um sich in die Lage zu setzen, über die verbriefte Forderung trotz Zurückbehaltung des Papiers verfügen zu können. Es ist nicht einzusehen, warum die Ausübung dieses geringeren mittelbaren Zwangs ausgeschlossen sein sollte, weil der stärkere Zwang in diesem Fall nicht ausübbar ist. In der Tat läßt selbst das Reichsgericht die vertragliche Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts an einer Beweis- oder Legitimationsurkunde zu, sowohl nach früherem Recht unter der damaligen Voraussetzung, daß das so eingeräumte Zurückbehaltungsrecht ein dingliches sei (RG. 16 172, 20 135, 29 302), wie auch nach jetzigem Recht, nach welchem (unten Anm. V b) ein vertraglich eingeräumtes Sicherungsrecht nur forderungsrechtliche Wirkung hat (RG. 51 87). Nicht folgerichtig aber wird als Inhalt einer gesetzlichen Vorschrift für unmöglich erklärt, was vertraglich bestimmt werden darf. Auch BGB. § 175 setzt voraus, daß an sich ein Zurückbehaltungsrecht an einer Urkunde, die kein Wertpapier ist, möglich ist. Andererseits steht BGB. § 952 nicht entgegen, da, wie das Eigentum nicht das Recht des unmittelbaren Besitzers aufhebt, so auch das Recht eines Dritten nicht das mit dem Besitz verknüpfte Zurückbehaltungsrecht.

4. Einfluß von Veräußerungsbeschränkungen. Daß die Veräußerung des Gegenstands verboten oder nur mit Genehmigung eines Dritten zulässig, hindert an sich nicht die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber dem Schuldner (unten Anm. V a 2; dagegen Staub Anm. 16, 17), es kommt in diesen Fällen vielmehr nur darauf an, ob das Merkmal des „mit Willen des Schuldners in den Besitz Gelangen" vorliegt, wobei dieser Wille nur insoweit als vorhanden gilt, wie das Gesetz ihn als maßgebend anerkennt. Kein Zurückbehaltungsrecht entsteht hiernach, falls der Wille des Schuldners allein nicht ausreicht zur Einräumung eines Sicherungsrechts; ob zu einer Veräußerung, ist nur insoweit erheblich, als die Vorschriften über Verfügung durch Veräußerung für anwendbar erklärt sind auch auf Verfügung durch Einräumung eines Sicherungsrechts. Ist die Willensäußerung des Schuldners nichtig, so kann er selbst den Gegenstand zurückfordern (vgl. z. B. BGB. § 134); ist die Willensäußerung des Schuldners nur Dritten gegenüber nicht maßgebend (vgl. z. B. BGB. §§ 135, 136, HGB. § 223 Anm. IV a), so entsteht zwar ein Zurückbehaltungsrecht, es steht aber einem etwaigen Herausgabeanspruch des Dritten nicht entgegen (ähnlich Staub Anm. 17).

5. Erstreckt sich das Zurückbehaltungsrecht nur auf Werte in Höhe der Forderung? Dies bejahen Staub Anm. 55, Düringer-Hachenburg Anm. XII, Lehmann Nr. 18 im Anschluß an die nach früherem Recht ergangenen Entscheidungen des ROH. 2. 383, 18 276; vgl. auch ROH. 14 112. Auch das Zurückbehaltnngsrecht des BGB. § 273 ist als ein so beschränktes ausgelegt worden (RG. 61 133; dagegen Planck[3] § 273 Anm. 1). Richtig ist, daß das Befriedigungsrecht (unten Anm. V a 2) nur auf Gegenstände, deren Wert die Forderung zu decken geeignet ist, sich erstreckt (BGB. §§ 1230 Satz 2, 1243 Abs. 1, 1282 Abs. 1 Satz 2, HGB. § 371 Abs. 2). Im Gegensatz zu dieser Ansicht wird man aber bezüglich des Herausgabeweigerungsrechts (unten Anm. V a 1) anzunehmen haben, daß an sich keine derartige Beschränkung der Rechte des Rückhalters besteht, denn nach § 369 Abs. 1 steht das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht an „den", d. h. allen beweglichen Sachen usw. zu; indessen wird dem Schuldner das Recht zuzugestehen sein, zu verlangen, daß der Rückhalter sein Zurückbehaltungsrecht insoweit aufgebe, wie der Wert der zurückbehaltenen Gegenstände den Wert der Forderung übersteigt. Wollte man mit der herrschenden Meinung weitergehend annehmen, daß von Anfang an das Zurückbehaltungsrecht nur in so beschränkter Höhe bestehe, so würde dies — da Gläubiger die Wahl zwischen mehreren Gegenständen hätte — dazu führen, das Entstehen des Zurückbehaltungs-

rechts an eine Erklärung des Gläubigers zu knüpfen (wogegen unten Anm. V c). Gegen Mißbräuche sichert auch § 369 Abs. 4.

b. **Des Schuldners** als Regel.

1. Regel.

Regel ist, daß nur an Gegenständen, deren Eigentümer der Schuldner ist, ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht entstehen kann (§ 369 Abs. 1 Satz 1). Ist der Schuldner Miteigentümer, so wird ein Zurückbehaltungsrecht wohl zu gewähren sein, wenn nach außen der Schuldner über den Gegenstand selbständig zu verfügen berechtigt ist (Schlegelberger AbhPrivrCPO 12 198). Der Gläubiger des in Gütergemeinschaft lebenden Mannes hat daher (BGB. § 1443) ein Zurückbehaltungsrecht am Gesamtgut. Dagegen hat der Privatgläubiger des Schuldners kein Zurückbehaltungsrecht an Gegenständen, die dem Schuldner als Gesellschafter einer gemeinbürgerlichen Gesellschaft zustehen (ROH. 8 49, vgl. BGB. § 719); noch weniger an Gegenständen, die der offenen Handelsgesellschaft gehören, deren Gesellschafter der Schuldner ist (Lehmann 2 89 Fußnote 2).

Als maßgebender Zeitpunkt ist derjenige anzusehen, an welchem auf Seiten des Rückhalters zuerst gleichzeitig sowohl der Besitz wie auch eine fällige oder nach § 370 die Rückhaltung begründende Forderung vorhanden sind, da erst dann das Zurückbehaltungsrecht entsteht (ebenso Staub Anm. 22). Wird, bevor eine solche Forderung vorhanden, die im Besitz des demnächstigen Gläubigers befindliche Sache vom Schuldner veräußert, so erlangt daher der Gläubiger kein Zurückbehaltungsrecht, auch wenn er im Besitz bleibt. Wird andererseits der Schuldner erst nach dem Besitzerwerb des Gläubigers Eigentümer der Sache, so entsteht (unten Anm. V c) ein Zurückbehaltungsrecht, falls nur der frühere Besitzerwerb (oder wenigstens die Fortdauer des Besitzes nach Eigentumswechsel) „mit Willen" des Schuldners stattgefunden hatte. Allerdings sind in § 372 und auch in § 369 Abs. 3, § 370 Abs. 2 bestimmte Wirkungen an den Zeitpunkt des Besitzerwerbs (bzw. „Übergabe") und nicht an den Zeitpunkt der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts angeknüpft, und es ist auch nicht zu verkennen, daß es gesetzgeberisch wohl vorzuziehen wäre, unter Bedingung demnächstigen Eintretens der sonstigen Voraussetzungen eines Zurückbehaltungsrechts rückwirkend den Zeitpunkt des Besitzerwerbs in Ansehung der Eigentumsverhältnisse für maßgebend zu erklären. Da indessen die Regel des bestehenden Gesetzes aus § 369 Abs. 1 zu entnehmen ist, und hier die Worte „des Schuldners" nicht auf den Zeitpunkt des Besitzerwerbs, sondern auf die Gegenwart verweisen (aus der Beifügung des Satzes „welche — gelangt sind" folgt nichts über das erforderte Eigentumsverhältnis in der Vergangenheit), so ist in den Bestimmungen des § 372 und der §§ 369 Abs. 3, 370 nur eine Einschränkung jener Regel für die bestimmten an diesen Stellen behandelten Fälle zu erblicken. Bei Auslegung des § 372 Abs. 1 gelangt man wegen seines Wortlauts in Schwierigkeiten, welche von beiden Ansichten man auch annimmt (§ 372 Anm. III), so daß sich etwas Entscheidendes aus ihm für die hier vorliegende Frage nicht ableiten läßt.

Über den Einfluß einer späteren Änderung der Person des Eigentümers bestimmt § 369 Abs. 2 (unten Anm. VI). An einem Gegenstand, der schon zur Zeit des Besitzerwerbs Eigentum eines Dritten ist und auch während der Fortdauer des Besitzes nicht Eigentum des Schuldners (oder im Ausnahmsfall zu 2 Eigentum des Gläubigers) geworden ist, entsteht daher kein Zurückbehaltungsrecht (RG. 2 3).

Bestand zur Zeit der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts ein auf der Sache lastendes Recht eines Dritten, und ist dies ausnahmeweise nicht durch Besitzverlust untergegangen, so entsteht zwar ein Zurückbehaltungsrecht, doch geht als Regel das ältere Recht ihm vor (ebenso Staub S. 1214 Fußnote 1). So auch ein älteres Pfandrecht (unten Anm. VI e), außer soweit aus etwaiger entsprechender Anwendung des § 443 auf die durch Versendung oder Beförderung entstandenen Zurückbehaltungsrechte das Gegenteil folgt (§ 443 Anm. II d).

Gutgläubigkeit des Besitzerwerbers ist unerheblich, da auf das Zurückbehaltungsrecht nicht die für den Erwerb von Eigentum, Pfandrecht und Nießbrauch maßgebenden Grund-

sätze über den Erwerb vom Nichtberechtigten anwendbar sind (ROH. 10 80, 15 422, RG. 8 83, 13 130; vgl. auch AufbewahrungsG. § 8 oben § 366 Anm. V b 4). Über Gutgläubigkeit durch Nichtwissen von einem nach Besitzerwerb erfolgten Eigentumswechsel vgl. § 372. Ob gegenüber der Eigentumsklage des wahren Eigentümers der Rückhalter, wenn er auch kein Zurückbehaltungsrecht erworben habe, doch wirksam die Einrede erheben könne, daß zwecks seiner Täuschung darüber, wem das Eigentum zustehe, Eigentümer und Schuldner zusammengewirkt haben, ließ RG. 13 130 dahingestellt.

Beweislast. Bestreitet der den Gegenstand fordernde Kläger das Eigentum des Schuldners, so hat der Rückhalter dies Eigentum zu beweisen (RG. 3 154).

2. Ausnahme: Zurückbehaltungsrecht an Eigentum des Gläubigers.

Dem Gläubiger steht an einem Gegenstand, dessen Eigentümer er selbst ist, das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht zu, wenn entweder „das Eigentum an dem Gegenstande von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist" (§ 369 Abs. 1 Satz 2; dagegen Dernburg[5] 3 § 283 1b, der entsprechende Ausdehnung auch auf andere Fälle für zulässig hält, in denen dem Gläubiger die Sache noch gehört, die er dem Schuldner auszuliefern hat). Die Worte „aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist" beziehen sich, da ein Komma vor „aber", aber keins vor „oder" steht, auf beide durch das „oder" verbundene Fälle (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. V).

Das Zurückbehaltungsrecht ist also stets ausgeschlossen, wenn zur entscheidenden Zeit (oben zu 1) ein Dritter Eigentümer ist.

Ist der Rückhalter Eigentümer, so besteht das Zurückbehaltungsrecht (selbstverständlich, da sonst keine rückhaltbare Leistung vorhanden wäre) nur, wenn eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an den Schuldner besteht, und ferner kommt es darauf an, wer Rechtsvorgänger des Rückhalters war. War es der Schuldner, so ist das Zurückbehaltungsrecht stets gegeben. War es ein Dritter, so nur dann, wenn das Eigentum auf den Gläubiger „für den Schuldner" übertragen ist.

Was unter diesen Worten „für den Schuldner" verstanden, ist unklar und auch aus der Denkschrift nicht zu entnehmen. „Für den Schuldner" kann nicht heißen sollen „namens des Schuldners"; denn eine Übertragung durch einen Dritten namens des Schuldners wirkt wie eine Übertragung seitens des Schuldners (BGB. § 164), in diesem Fall ist daher Rechtsvorgänger der Schuldner, so daß dieser Fall nicht besonders hätte hervorgehoben zu werden brauchen. „Für den Schuldner" könnte ferner heißen sollen „für Rechnung des Schuldners"; so z. B. wenn des Schuldners Verkaufskommissionär in eigenem Namen die Sache des Schuldners dem Gläubiger zu Eigentum überträgt mit der Vereinbarung, daß unter einer bestimmten, demnächst eingetretenen Bedingung das Eigentum an den Schuldner zurückzuübertragen sei und der Schuldner (aber nicht der Verkaufskommissionär) diese Forderung geltend machen könne. Aber auch dies ist wohl nicht gemeint, denn es ist nicht einzusehen, was den Gläubiger das zwischen dem dritten Eigentumsübertrager und dem Schuldner bestehende Verrechnungsverhältnis angehen sollte, zumal ihm gegenüber dies Verrechnungsverhältnis gar nicht in die Erscheinung zu treten braucht. Dieselbe Erwägung steht auch der von Düringer-Hachenburg Anm. V vertretenen, mit der vorerwähnten sich nahe berührenden Auslegung „im Auftrage des Schuldners" entgegen; es wäre rein zufällig, ob dem Gläubiger jenes Auftragsverhältnis zur Kenntnis kommt. Ferner könnte noch in Frage kommen, ob die Worte „für den Schuldner" im Sinn von „zwecks Verwendung für den Schuldner" gebraucht sind, also als gleichbedeutend mit „unter der dem Dritten gegenüber bestehenden Verpflichtung, das Eigentum auf den Schuldner weiterzuübertragen". Aber auch dies ist wohl nicht als gemeint anzusehen, denn warum sollte das Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen Gläubiger und Drittem einen Einfluß üben auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner? Es bleibt daher wohl nichts übrig, als die Worte „für den Schuldner" als überflüssig anzusehen und als gleichbedeutend mit den Worten „auf den Schuldner zurückzuübertragen".

Die Worte „auf den Schuldner zurückzuübertragen" sind auszulegen als „so daß gegenüber dem Schuldner eine Verpflichtung besteht, das Eigentum auf ihn zurückzuübertragen". Das Wort „zurückzuübertragen" gibt aber wiederum zu Zweifeln Anlaß. Zwar paßt es auf den Fall, daß der Schuldner Rechtsvorgänger war. Es paßt aber nicht auf den Fall, daß der Dritte Rechtsvorgänger war. Denn daß in diesem Fall das Übertragen stets ein „Zurückübertragen" sein müsse, so daß nur dann ein Zurückbehaltungsrecht bestände, wenn der Schuldner schon früher Eigentümer war, ist wohl trotz der Fassung des Gesetzes nicht gemeint; ein Zurückbehaltungsrecht besteht vielmehr z. B. auch auf Seite des Einkaufskommissionärs gegen den Kommittenten an Sachen, die der erstere in eigenem Namen gekauft hat, selbst wenn die Sache niemals früher im Eigentum des Kommittenten war. In den Worten „aber auf den Schuldner zurückzuübertragen" kann daher wohl nur die Beschränkung gefunden werden, daß ein Zurückbehaltungsrecht nur dann bestehen soll, wenn spätestens schon zur Zeit des Erwerbs oder doch in rechtlichem Zusammenhang damit, und nicht etwa erst nachträglich auf Grund eines garnicht mit dem Erwerbsgeschäft zusammenhängenden neuen Rechtsgeschäfts, eine Verpflichtung des Gläubigers entstanden ist, den Gegenstand auf den Schuldner zu übertragen. Diese Notwendigkeit eines Zusammenhangs ist abzuleiten aus der Verknüpfung der Worte „übergegangen" bezw. „übertragen" mit „zurückzuübertragen" durch das Wort „aber". Hiernach besteht ein Zurückbehaltungsrecht, wenn der Gläubiger den Gegenstand als Einkaufskommissionär des Schuldners erworben hat (dagegen Lehmann Nr. 13). Dagegen besteht es nicht, wenn der Gläubiger erst nachträglich den Gegenstand an den Schuldner verkauft hat und aus diesem Grund verpflichtet ist, den Gegenstand an den Schuldner herauszugeben (Düringer-Hachenburg Anm. V, Staub Anm. 24, Lehmann Nr. 13, nach bisherigem Recht auch ROH. **19** 57; dagegen CosackHR. § 31 I 3; ist infolge des Verkaufs die Ware bereits in das Eigentum des Käufers übergegangen — z. B. mittels Besitzertrags —, so besteht ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 369 Abs. 1 Satz 1, D. 212, RG. 23 IX 99 GruchotsBeitr. **44** 1068). Jene Notwendigkeit des Zusammenhangs besteht aber auch für den Fall, daß der Schuldner Rechtsvorgänger war; so z. B. ist kein Zurückbehaltungsrecht gegeben, wenn der Gläubiger den Gegenstand früher vom Schuldner gekauft, aber durch ein ganz neues, mit jenem früheren nicht zusammenhängendes Rechtsgeschäft dem Schuldner wieder verkauft hatte.

3. Beispiele. Als Beispiele, in welchen kraft der Ausnahme des § 369 Abs. 1 Satz 2 künftig ein Zurückbehaltungsrecht bestehen soll, nennt D. 211, 212 die drei Fälle, erstens, daß der Käufer die bereits in sein Eigentum übergegangene Ware zur Verfügung stellt, zweitens, daß Sachen nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung an den Schuldner zurückzugewähren sind, und drittens, daß ein als Rimesse übersandter Wechsel, der unbezahlt geblieben ist, von dem Gläubiger eingelöst werden mußte.

α. Zur Verfügung gestellte Sachen können in der Tat zurückbehalten werden; ob hierin indessen eine Anwendung der Ausnahme (§ 369 Abs. 1 Satz 2) oder der Regel (§ 369 Abs. 1 Satz 1) liegt, hängt davon ab, ob in dem betreffenden Fall der Rückhalter bereits die Eigentumsübertragung angenommen hatte oder nicht. Erfolgt die Verfügungsstellung alsbald nach Ablieferung und nicht erst im Zusammenhang mit einem nachträglichen Wandlungsverlangen, so wird in der Regel das Eigentum noch nicht auf den Rückhalter übergegangen sein (§ 373 Anm. Vb 2, Staub Anm. 23).

β. Sachen, die gemäß den Grundsätzen ungerechtfertigter Bereicherung herauszugeben sind, können gleichfalls zurückbehalten werden; doch wird auch in diesem Fall oft — wenn nämlich die Eigentumsübertragung nichtig oder angefochten (BGB. § 142) ist — die rückzuhaltende Sache nicht im Eigentum des Gläubigers, sondern im Eigentum des Schuldners stehen (Staub Anm. 23).

γ. Als Rimesse übersandter Wechsel, der unbezahlt geblieben ist.

Vorauszusetzen ist, daß er auf den Rückhalter oder ohne Namensnennung indossiert ist, denn sonst ist er für den Rückhalter kein Wertpapier (oben Anm. IVa 2, vgl. auch IVa 3). Hatte der Rückhalter den Wechsel nicht weiterbegeben, so besteht ein Zurück-

behaltungsrecht, weil zwar der Rückhalter Eigentümer ist, der Schuldner aber sein Rechtsvorgänger war. Hatte er ihn weiterbegeben und dann, weil er unbezahlt blieb, eingelöst — diesen Fall erwähnt D. 212 — so ist der Rückhalter durch die Einlösung Eigentümer geworden (D. 212), und der Dritte, bei dem er den Wechsel einlöst, ist sein Rechtsvorgänger; zwar hat nun letzterer in keinem möglichen Sinn „für den Schuldner" das Eigentum an den Gläubiger übertragen; da aber letztere Worte für bedeutungsvoll zu erachten sind (oben zu 2), so ist (RG. 13 VII 04 HoldheimsMSchr. 05 26) mit der Denkschrift auch in diesem Fall ein Zurückbehaltungsrecht zuzubilligen.

Nicht anders als der vorerwähnte Fall, daß der Schuldner das Akzept eines Dritten (eine „Rimesse") einsendet, liegt wohl auch der Fall, daß er sein eigenes Akzept einsendet. Staub Anm. 18, 43 leugnet, daß ein Zurückbehaltungsrecht an einem eingesandten eigenen Akzept des Schuldners bestehen könne, da ein eigenes Akzept nicht schon in der Hand des Schuldners ein Vermögenswert sei (vgl. § 186 Anm. II a 2). Zuzugeben ist, daß für den Fall, daß der Rückhalter das eigene Akzept des Schuldners nicht weiterbegeben hatte, auf die Hingabe eines eigenen Akzepts die Worte „wenn das Eigentum an dem Gegenstande" (nämlich hier die verbriefte Wechselforderung, nicht etwa das Stück Papier) „von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen" schlecht passen. Aber auf den Fall, daß er es weiterbegeben hatte, und er nunmehr durch Einlösung des nichtbezahlten Akzepts das Eigentum vom Dritten (dies ist, wie oben erwähnt, die Anschauung der D. 212) zurückerwirbt, würden die Worte des § 369 Abs. 1 Satz 2 passen. Es kann doch aber nicht wohl als gewollt angenommen werden, daß der den Schuldner nichts angehende Umstand, ob weiterbegeben ist, einen Unterschied machen soll für die Frage, ob dem Schuldner gegenüber zurückbehalten werden kann. Und endlich, das Bedenken Staubs würde auf den Fall einer übersandten Rimesse, falls — wie regelmäßig — Schuldner sie indossiert hat (und nicht etwa nur ein früheres Blankoindossament weitergibt), genau so passen wie auf den Fall eines übersandten Akzepts. Im Fall der übersandten indossierten Rimesse darf doch der Gläubiger nicht bloß die Forderungen gegen die Vormänner des Schuldners, sondern auch die aus dem Indossament des Schuldners hervorgehende Wechselrückgriffforderung gegen diesen gemäß § 371 mit verwerten; die letztere Forderung war aber in der Hand des Schuldners vor Begebung der von ihm indossierten Rimesse an den Gläubiger gleichfalls noch nicht vorhanden.

Unter Umständen wird der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts an zwecks Erfüllungsversuchs (BGB. § 364 Abs. 2) übersandten Rimessen oder eigenen Akzepten der Abs. 3 § 369 entgegenstehen, soweit nicht § 370 Abs. 2 eingreift. Wann dies der Fall, vgl. unten Anm. VII d 3 δ. Hat der Gläubiger abgelehnt, die übersandte Rimesse oder das übersandte Akzept unter den vom Übersender erklärten Bedingungen entgegenzunehmen, und hat daraufhin der Übersender sein Angebot zurückgezogen, so kann mangels Begebungsvertrag nicht später der Gläubiger auf den Wechsel eine Klage stützen (RG. 5 83).

In denjenigen Fällen, in denen wegen einer Forderung an den Schuldner ein Papier zurückbehalten wird, das gleichfalls eine Forderung an den Schuldner verbrieft, und in denen — was ausnahmsweise auch beim Wechsel vorkommen kann — der Rückhalter seine Befriedigung im Weg der Veräußerung sucht, kann unter Umständen auf diese Weise die Schuldenlast des Schuldners sich vergrößern. So z. B., wenn der Gläubiger die ihm vom Schuldner zur Aufbewahrung gegebenen, auf letzteren lautenden Inhaberschuldverschreibungen unter dem Nennwert gemäß § 371 verkauft. Um dies zu verhindern, hätte im Gesetz allgemein bestimmt werden müssen, daß insoweit Wertpapiere eine Forderung gegen den Schuldner verbriefen, kein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an ihnen bestehe; eine dahingehende Beschränkung fehlt indessen im Gesetz.

δ. Gegenstände, die zwecks Sicherung dem Gläubiger zu Eigentum übertragen sind, fallen unter § 369 Abs. 1 Satz 2 (Staub Anm. 23).

ε. Ebenso Gegenstände, bezüglich deren der vorbehaltene Wiederkauf ausgeübt ist (BGB. § 497, Düringer-Hachenburg Anm. V).

ζ. Über die Fälle der Einkaufskommission und des Verkaufs von Gegenständen an den Schuldner s. oben zu 2. Über den Fall der Neubeschaffung von Wertpapieren an Stelle anderer Wertpapiere eines Dritten, die durch einen Mittelsmann mit Anzeige, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe, eingereicht sind, vgl. AufbewahrungsG. § 8 (HGB. § 366 Anm. Vb 4).

c. **Mit Willen des Schuldners** muß der Gegenstand in den Besitz des Gläubigers gelangt sein; sonst ist das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen.

1. Mit Willen des Schuldners. Hiernach wird die Erlangung eines Zurückbehaltungsrechts ausgeschlossen nicht nur durch eine Besitzergreifung mittels vorsätzlicher unerlaubter Handlung (vgl. BGB. § 273 Abs. 2, § 1000 Satz 2), sondern z. B. auch bei Besitzerlangung mittels der von einem Dritten absichtlich gegen den Willen des Schuldners vorgenommenen Handlung (ROG. 19 372) oder infolge Versehens eines Dritten. Ging der Wille des Schuldners dahin, daß dem Gläubiger eine Maschine in dem Zustand zur Ausbesserung übergeben werden sollte, in dem des Schuldners Leute es für angemessen erachten würden, so sind alle mit übergebenen Maschinenteile, auch die nicht ausbesserungsbedürftigen, mit Willen des Schuldners in den Besitz des Gläubigers gelangt (RG. 8 X 00 JW. 756[26]). Über den Fall, daß der Schuldner eine Willensäußerung entweder überhaupt nicht oder nur mit hinzukommender Genehmigung eines Dritten mit rechtlicher Wirkung abgeben kann, vgl. oben Anm. IVa 4. Ist die Besitzübertragung anfechtbar wegen Willensmangels, z. B. weil auf Irrtum des Schuldners beruhend, und erfolgt demnächst Anfechtung, so gilt der Übertragungswille als von Anfang an unwirksam (BGB. § 142). Über den Fall der Besitzübertragung zu einem bestimmten Zweck, dessen Erfüllung jedoch der Besitzerlanger verweigert, vgl. unten Anm. VIId 3 δ. Dem Vorhandensein des Willens bei Besitzübertragung steht die (vorherige) Einwilligung und die (nachträgliche) Genehmigung zur Besitzerlangung gleich (BGB. §§ 183, 184). Daß auch das Fortdauern des mit Willen des Schuldners erlangten Besitzes mit Willen des Schuldners geschehe, ist nicht erforderlich. Ob ein Zurückbehaltungsrecht entsteht, wenn nach ursprünglich unrechtmäßiger Zurückhaltung demnächst die Voraussetzungen des § 370 eintreten, vgl. § 370 Anm. IVa. — Ob auch mit Wissen des Schuldners der Gegenstand in den Besitz des Gläubigers gelangt war, ob insbesondere der Schuldner Kenntnis von der Besitzergreifungshandlung hatte, ist unerheblich (P. 1349, RG. 9 48).

2. Des Schuldners Wille lag auch dann vor, wenn der Wille eines zur Besitzübertragung oder Zustimmungserteilung ermächtigten Vertreters des Schuldners vorhanden war. Ebenso genügt der Wille des allgemeinen Rechtsvorgängers des Schuldners, z. B. seines Erblassers. Auch der Wille desjenigen Sondervorgängers, von dem der Schuldner seinen Anspruch auf die Sache herleitet, z. B. (§ 410 Anm. IVa 3) der Wille des Versenders bei Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber dem Empfänger. — War Schuldner ein jetzt Verstorbener, so sind nicht mit Willen des Schuldners in den Besitz des Gläubigers gelangt die zur ungeteilten Erbschaft gehörigen Gegenstände, die nur mit Willen einiger unter den mehreren Miterben in seinen Besitz gelangt sind (Bolze 21 Nr. 91).

d. **Auf Grund eines Handelsgeschäfts** muß der Besitz erlangt sein. Handelsgeschäft vgl. §§ 343, 344. „Auf Grund" steht hier im weiteren Sinn von „aus Veranlassung" (ROH. 19 372). Auch ein einseitiges Handelsgeschäft genügt als Grund der Besitzerlangung (ROH. 6 197), während (oben Anm. III b) die Forderung, wegen deren zurückbehalten wird, aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft herrühren muß. Auch ist für das der Besitzerlangung zu grund liegende Handelsgeschäft unerheblich, ob der Gläubiger es mit dem Schuldner oder mit einem Dritten geschlossen hat; daß bei Abschluß mit einem Dritten das Geschäft gerade auf Seite des Gläubigers Handelsgeschäft sein müsse (so Staub Anm. 26, Lehmann Nr. 11), ist aus den Worten des Gesetzes nicht ableitbar (vgl. auch § 345; ebenso Schlegelberger AbhPrivrCPO 12 206). Handelsgeschäft kann nicht nur ein Vertrag, sondern auch ein einseitiger Vertragsantrag sein (§ 343 Anm. III 10). Das hier erörterte Merkmal

würde daher nicht dem entgegenstehen, daß auch an unbestellt zugesandten Waren ein Zurückhaltungsrecht ausgeübt werden kann (ROH. 10 236); über die Frage, ob stets oder in einzelnen Fällen § 369 Abs. 3 entgegensteht, vgl. unten Anm. VII d 3 δ.

e. **Besitz muß vom Gläubiger erlangt sein und fortdauern.**

1. Besitz. Unerheblich ist, ob Eigenbesitz oder Fremdbesitz (ROH. 16 82, § 369 Abs. 1 Satz 2). Nicht nur unmittelbarer, sondern auch mittelbarer Besitz genügt (BGB. § 868, Dernburg[3] 3 § 283 1 b, Staub Anm. 27, Lehmann Nr. 8), außer wenn der Schuldner unmittelbarer Besitzer ist (Dernburg[3] 3 § 283 1 b). Der mittelbare Besitz selbst dann, wenn außerdem zunächst auch der unmittelbare Besitzer aus eigenem Recht ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht (OLG. Dresden 14 VII 90 ZHR. 40 495). Auch Mitbesitz genügt, selbst wenn der Schuldner der andere Mitbesitzer ist (Schlegelberger AbhPrivrCPO. 12 203). Kein Besitz ist erworben, wenn der Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer auf nur nach Zahl oder Menge, aber nicht einzeln und auch nicht als Bruchteil bestimmte Bestandteile einer Sachgesamtheit übertragen ist, solange nicht die Aussonderung dieser Bestandteile hinzukommt (RG. 52 389).

2. Insbesondere Besitz mittels Verfügungspapiers. Als Beispiel des Besitzens nennt § 369 Abs. 1 (ebenso wie §§ 397, 410, 421, 440 Abs. 2) das Verfügenkönnen mittels Verfügungspapiers (Konnossement, Ladeschein Lagerschein der in § 363 Anm. IV a — c genannten Arten). Dies ist ein Beispiel mittelbaren Besitzes. Soweit etwa ausnahmsweise kraft Verfügungspapiers auch über eine Ware verfügt werden kann, an der zur Zeit kein mittelbarer Besitz des Papierberechtigten besteht (§ 424 Anm. I b), ist in gleichem Umfang auch ein Zurückbehaltungsrecht anzuerkennen (Heymann Traditionspapiere 235 ff.). Durch Verfügungspapier kann über die Ware nur verfügen, wer das Papier besitzt (RG. 13 120) und nach dessen Inhalt Berechtigter ist, sei es als darin bezeichneter Empfänger, sei es kraft Indossaments (§§ 424, 447 Abs. 1, 645 Abs. 2, 363 Abs. 2) oder sonstiger Rechtsnachfolge (§ 424 Anm. I c 2). In § 369 ist der Fall des Besitzens kraft Verfügenkönnens durch Verfügungspapier als Beispiel eines Zurückbehaltungsrechts an der Ware erwähnt. Unabhängig davon kann aber auch ein Zurückbehaltungsrecht an dem Verfügungspapier in seiner Eigenschaft als Wertpapier vorkommen; so, wenn trotz Besitz des indossierten Verfügungspapiers kein Besitz an der Ware besteht, weil z. B. diese bei dem Frachtführer gestohlen ist.

3. Besitz eines den Gläubiger nicht als Berechtigten angebenden Verfügungspapiers. Besitzt der Gläubiger ein Verfügungspapier, inhalts dessen er weder als darin bezeichneter Empfänger noch kraft Indossaments (oder sonstiger Rechtsnachfolge, § 424 Anm. I c 2) der Berechtigte ist, so hat er hierdurch allein keinen Besitz an der Ware erlangt. Nach hier vertretener Ansicht (oben Anm. IV a 2) ist aber ein den Gläubiger nicht berechtigendes Papier in seiner Hand auch kein Wertpapier, so daß er auch nicht die verbriefte Forderung zurückhalten (d. h. deren Rückübertragung verweigern) kann (a. M. Staub Anm. 29 für den Fall, daß der Schuldner inhalts des Papiers Berechtigter ist); auch wäre nicht einzusehen, wie er eine Forderung zurückhalten könnte, die er garnicht hat. Dagegen hat er nach hier vertretener Ansicht (oben Anm. IV a 3) in solchem Fall ein Zurübehaltungsrecht an dem Stück Papier.

4. Gelangen in Besitz. Dem Erlangen des Besitzes steht gleich das Verwandeln des Eigenbesitzes des Gläubigers in Fremdbesitz für den Schuldner durch besondere Abrede z. B. im Fall des BGB. § 930.

5. Fortdauer des Besitzes. War der Besitz unterbrochen, so braucht die Wiedererlangung nicht auf Grund eines Handelsgeschäfts und mit Willen des Schuldners zu erfolgen, falls der Gläubiger inzwischen das Recht behalten hatte, die Wiedereinräumung des Besitzes zu fordern (vgl. BGB. §§ 858 ff.; unten Anm. V d 3).

V. **Inhalt des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.**

a. **Die beiden darin enthaltenen Rechte.** Im Zurückbehaltungsrecht liegt das Recht, die Herausgabe des zurückbehaltenen Gegenstands zu verweigern, und in der Regel außerdem das Recht, sich aus diesem Gegenstand zu befriedigen.

1. Herausgabeweigerungsrecht. Daß in dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht ein Herausgabeweigerungsrecht liegt, folgt aus dem Begriff eines Zurückbehaltungsrechts (BGB. § 273 Abs. 1, HGB. § 369 Anm. I a). Das Recht der Herausgabeweigerung ist ebenso eine Wirkung (oder ein Bestandteil des „Zurückbehaltungsrechts" wie das Recht der Befriedigung; daß der Name des kaufmänischen Zurückbehaltungsrechts an die erstere Wirkung allein anknüpft, ist nicht entscheidend. Allerdings muß die erstere Wirkung (Herausgabeweigerungsrecht) stets vorhanden sein, wenn das Recht noch unter den Begriff eines Zurückbehaltungsrechts fallen soll, während die zweite Wirkung (Befriedigungsrecht) ausnahmsweise fehlen kann (unten Anm. V a 2), ohne daß das Recht darum aufhört, ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht zu sein. Über die für die Ausübung des Herausgabeweigerungsrechts maßgebenden Vorschriften vgl. oben Anm. I b. — Das Herausgabeweigerungsrecht besteht in dem Recht, die Herausgabe des Besitzes an den Schuldner zu verweigern. Ist der Gläubiger Eigentümer des zurückbehaltenen Gegenstands, so wird an sich das Recht des Gläubigers gleichfalls auf Weigerung der Besitzübertragung zu beschränken sein, so daß er — solange nicht Befriedigung gemäß § 371 erfolgt ist — zur Übertragung des Eigentums an den Schuldner verpflichtet bleibt; doch kann der Schuldner nicht verlangen, daß der Gläubiger zwecks Übertragung des Eigentums eine Handlung vornimmt, durch die der Gläubiger sich des Zurückbehaltungsrechts oder der Möglichkeit einer Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstand berauben würde, so z. B. (oben Anm. IV a 2) nicht, daß er ein zurückbehaltenes Orderpapier auf den Schuldner indossiert.

2. Befriedigungsrecht. Hierüber bestimmen §§ 371, 372. Der Ansicht Staubs, der dies Recht in den Vordergrund schiebt (z. B. in Anm. 16 es als „der eigentliche materielle Inhalt und das alleinige Endziel" des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts bezeichnet), kann nicht zugestimmt werden. Das Befriedigungsrecht ist nur eins von zwei gleich wichtigen im kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht liegenden Rechten. Ja sogar ist davon auszugehen, daß ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht nicht dadurch unmöglich wird, daß der Gegenstand, bezüglich dessen es an sich bestehen würde, entweder tatsächlich (z. B. weil der voraussichtliche Erlös geringer als die Versteigerungskosten, oder weil niemand in der Versteigerung bietet) oder rechtlich (z. B. wegen Veräußerungsverbots oder mangelnder aber erforderlicher Genehmigung eines Dritten, RG. **36** 39, oben Anm. IV a 4) unverkäuflich oder doch zur Erzielung einer Befriedigung ungeeignet ist, oder weil aus anderem Grund ein Befriedigungsrecht nicht besteht, z. B. weil die Forderung nicht in eine Geldforderung übergegangen ist (oben Anm. III a), oder weil im Fall des § 370 Abs. 1 die Forderung noch nicht fällig (§ 371 Anm. I a), insbesondere noch bedingt ist (§ 370 Anm. I).

b. **Dinglichkeit des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts?** Die Denkschrift 212 (abgedr. unten Anm. VI a) erklärt sich gegen die Dinglichkeit des Rechts; ebenso Düringer-Hachenburg Anm. VI, Lehmann Nr. 20, CosackHR. § 31 II, Dernburg[3] **3** § 283, Goldmann Nr. 31, Schlegelberger AbhPrivrCPO. **12** 192, und nach früherem Recht ROH. **5** 307, RG **8** 83, vgl. RG. **14** 154. Dagegen vertritt Staub Anm. 38 die Ansicht, daß das Recht dinglich sei (ebenso Heymann Traditionspapiere 236). Die Entscheidung hängt davon ab, wie man den Begriff der Dinglichkeit abgrenzen will; über die Abgrenzung aber herrscht Streit. Indessen läßt sich doch folgendes sagen: Kraft des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts hat der Rückhalter ein Recht zum Behalten des Besitzes, und — wie jeder Besitzer — kann er seinen Besitz gegen Störung und Entziehung verteidigen, sowohl gegenüber dem Schuldner wie gegenüber Dritten (BGB. §§ 858 ff., unten Anm. V d 3). Ferner ist der Rückhalter in seinem Recht, den Besitz zu behalten, in weitestem Umfang gegen nachträgliche Verfügungen des Schuldners geschützt (§ 369 Abs. 2). Endlich kann er sich zu seiner Befriedigung unmittelbar an die Sache halten (§ 371). Wie ein Begriff der Dinglichkeit aufgestellt werden könnte, unter den ein solches Recht nicht fiele, ist schwer einzusehen; andererseits schwindet damit auch fast jeder Unterschied zwischen dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht und einem gesetzlichen Pfandrecht. Nicht zuzugeben ist der Denkschr., daß die dort als Beispiele erörterten Einzelfragen verschieden zu entscheiden wären, je nachdem man das Zurückbehaltungs-

recht als dinglich erachtet oder nicht (unten Anm. VI c, d). Über die Frage, ob das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ein „die Sache belastendes Recht" im Sinn des BGB. § 936, HGB. § 366 Abs. 2 ist, vgl. § 366 Anm. V c 2. — Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist kein dingliches Recht an einer Sache (RG. 28 IX 04 JW. 555[15]); ein Zurückbehaltungsrecht dinglichen Inhalts kann auch nicht durch Vertrag begründet werden (RG. **51** 86).

c. **Entstehung.** Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht entsteht, sobald die in §§ 369, 370 aufgeführten Voraussetzungen gleichzeitig vorliegen (RG. 23 IX 99 GruchotsBeitr. **44** 1068, OLG. Kiel 22 III 05 OLGRspr. **11** 409). Nicht etwa entsteht es erst mit der Erklärung, daß es ausgeübt werde (was Str. **99** 125 und allgemein mit Bezug auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen nicht in rechtlichem Zusammenhang stehender Gegenforderung RG. **49** 83 annehmen), also weder mit der Herausgabeweigerung noch mit der Einleitung des Befriedigungsverfahrens. Dies muß auch für den Fall des § 370 angenommen werden, trotzdem § 370 abweichend von § 369 Abs. 1—3 (§ 370 Abs. 1 verglichen mit § 369 Abs. 1, § 370 Abs. 2 verglichen mit § 369 Abs. 3) und § 369 Abs. 4 dahin gefaßt ist, daß eine „Geltendmachung" oder „Ausübung" des Zurückbehaltungsrechts besonders hervorgehoben wird (ebenso Schlegelberger AbhPrivrCPO. 12 228); anderenfalls würde z. B. das Zurückbehaltungsrecht nicht zur Entstehung kommen (Anm. IV b 1), wenn nach Konkurseröffnung, aber vor Geltendmachung der Konkursverwalter den im Besitz des Gläubigers befindlichen Gegenstand einem Dritten verkauft. Im Fall des § 369 Abs. 3 entsteht ein Zurückbehaltungsrecht erst mit dem Zeitpunkt, in welchem die Voraussetzungen des § 370 Abs. 2 vorliegen (§ 370 Anm. II); nicht etwa ist es (was OLG. Kiel 22 III 05 OLGRspr. **11** 409 annimmt) schon vorher entstanden, aber nur nicht ausübbar. — Führt eine Partei im Rechtsstreit alle Tatsachen an, aus denen sich ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht ergibt, so ist daher auch ohne besondere Erklärung, daß ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werde, das Vorhandensein dieses Rechts von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn über Herausgabepflicht oder Befriedigungsrecht zu entscheiden ist (dagegen nach früherm Recht RG. 2 74). — Ob auf Grund des vorhandenen Rechts zur Zurückbehaltung der Gläubiger von diesem Recht Gebrauch machen will (vgl. § 371 Anm. I a), bleibt ihm überlassen: ebenso, welches der beiden im Zurückbehaltungsrecht liegenden Rechte er ausüben will, oder ob beide.

d. **Erlöschen.** Von den in § 369 aufgeführten Voraussetzungen für die Entstehung eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts können nachträglich fortfallen die Kaufmannseigenschaft der Parteien, das Eigentum des Schuldners (bzw. des Gläubigers), der Besitz des Gläubigers und das Bestehen einer Forderung. In einzelnen dieser Fälle hat das Fortfallen der Voraussetzung für die Entstehung das Erlöschen des Rechts zur Folge, in anderen nicht. Endlich kommen die Fälle der Sicherheitsleistung und der vertraglichen Aufhebung in Betracht.

1. Fortfall der Kaufmannseigenschaft. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht erlischt nicht schon dadurch, daß der Rückhalter oder der Schuldner nachträglich aufhört Kaufmann zu sein (oben Anm. II).

2. Änderung der Eigentumsverhältnisse. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht erlischt nicht bzw. erleidet keine Einschränkung dadurch, daß nachträglich der Schuldner das Eigentum oder ein Pfandrecht oder Nießbrauchsrecht an der Sache einem Dritten überträgt (unten Anm. VI). Erwirbt ein Dritter von einem anderen als dem Schuldner (also von einem Nichtberechtigten) gutgläubig Eigentum oder Pfandrecht, so ist für die Anwendbarkeit der §§ 936, 1208 BGB. entscheidend, ob das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht als ein „die Sache belastendes Recht" anzusehen ist (§ 366 Anm. V c 2); in den regelmäßigen Fällen wird es jedoch nicht hierauf ankommen. Denn falls der Erwerber durch Entgegennahme einer Abtretung des gegen den Rückhalter bestehenden Herausgabeanspruchs erworben hat, so bleibt jedenfalls das Zurückbehaltungsrecht ungeschmälert, weil, wenn man § 936 BGB. anwenden will, dessen Abs. 3 eingreift; hat aber der Erwerber in anderer Weise erworben, so wird dies fast stets mit einem Verlust des Besitzes auf Seite des Rückhalters verbunden sein und schon aus diesem Grund das Zurückbehaltungsrecht erlöschen (unten zu 3).

3. Verlust des Besitzes. Die Fortdauer des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts ist in § 369 ausdrücklich an das Merkmal „sofern er sie noch im Besitze hat" geknüpft. Hieraus ist abzuleiten, daß sobald der Besitz fortfällt, auch das Zurückbehaltungsrecht erlischt. So z. B. — abweichend vom Pfandrecht des Frachtführers und Speditör-Vormanns (§§ 440 Abs. 3, 441 Abs. 1 Satz 2) — durch Ablieferung. Dies gilt auch für den Fall der Entziehung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. VIe, Lehmann Nr. 21; dagegen Staub Anm. 61). Indessen hat der bisherige Rückhalter ein Jahr lang das Recht, durch Klage die Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes von demjenigen zu verlangen, der ihm gegenüber fehlerhaft besitzt (BGB. §§ 861, 864; abweichend Staub Anm. 38, der §§ 1065, 1227 BGB. enspreсhend anwenden will); auch der Schuldner, der durch verbotene Eigenmacht sich in den Besitz gesetzt hat, kann sich nicht durch Berufung auf sein Eigentum gegen den Wiedereinräumungsanspruch schützen (BGB. § 863). Wird der Besitz tatsächlich wiedererlangt, so entsteht das Zurückbehaltungsrecht von neuem (Anm. IVe 1), und zwar wohl mit rückwirkender Kraft gegenüber dem Schuldner und seiner Konkursmasse. — Über den Fall, daß zwar nicht der Besitz am Verfügungspapier, aber der Besitz der Ware, auf deren Herausgabe der verbriefte Anspruch gerichtet ist, verloren wird, vgl. oben Anm. IVe 2, § 424 Anm. Ib 2.
4. Fortfall der Forderung. Da § 369 Abs. 4 dem Schuldner allgemein, also auch für die Fälle des § 370, das Recht gibt, das Zurückbehaltungsrecht durch Sicherheitsleistung abzuwenden, so ist ihm — als das für ihn Ungünstigere — auch das Recht zuzugestehen, das Zurückbehaltungsrecht durch Erfüllung seiner Schuld zu beseitigen (ebenso Staub Anm. 63; vgl. BGB. § 1223 Abs. 2), und zwar — sobald ein Zurückbehaltungsrecht vorhanden — auch vor Fälligkeit und vor dem Zeitpunkt, zu welchem an sich (BGB. § 271 Abs. 2) der Gläubiger verpflichtet wäre, die Leistung entgegenzunehmen.
5. Aufhebung durch Sicherheitsleistung (§ 369 Abs. 4). Der § 369 Abs. 4 bestimmt — in Übereinstimmung mit BGB. § 273 Abs. 3 (vgl. oben Anm. Ia) —, daß der Rückhaltungsgegner die „Ausübung des Zurückbehaltungsrechts" durch Sicherheitsleistung (BGB. §§ 232 ff.) abwenden könne, die Sicherheitsleistung durch Bürgen jedoch ausgeschlossen sei. Es handelt sich indessen in Wahrheit nicht um bloße Hemmung der Ausübung, sondern um vollständige Aufhebung des Zurückbehaltungsrechts selbst (oben Anm. Vc), und zwar nicht bloß des in ihm liegenden Befriedigungsrechts, sondern auch des in ihm liegenden Herausgabeweigerungsrechts (oben Anm. Va, ROH. 2 384). Unerheblich ist, ob die anderweite Sicherheit vor oder nach Entstehung (oder Ausübung) des Zurückbehaltungsrechts geleistet ist; auch in ersterem Fall wird das Zurückbehaltungsrecht abgewendet, es kommt dann garnicht zur Entstehung (Bolze 10 Nr. 128 b). Jedoch nur, wenn die frühere Sicherheitsleistung eine dem BGB. §§ 232 ff. entsprechende ist OLG. Hamburg 24 X 02 OLGRspr. 6 88). Über die Folgen der Nichtherausgabe trotz Sicherheitsleistung vgl. BGB. §§ 985, 987 ff., insbesondere § 990 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2. Namentlich tritt Schadensersatzpflicht ein (BGB. §§ 989, 990, ROH. 15 367). Sicherheit ist zu leisten in Höhe des Werts der Forderung oder der zurückbehaltenen Gegenstände, je nachdem, welcher von beiden Werten der geringere ist (Staub Anm. 53). Auch wird zuzulassen sein, daß der Rückhaltungsgegner einen einzelnen von mehreren zurückbehaltenen Gegenständen durch Sicherheitsleistung in Höhe des Werts dieses Gegenstands auslöst (vgl. BGB. § 562 Halbs. 2; ebenso Düringer-Hachenburg Anm. XI). — Über Tilgung der Forderung vgl. oben zu 4.
6. Aufhebung durch Vertrag. Aus § 369 Abs. 3 ist zu entnehmen, daß (außer wenn die Voraussetzungen des § 370 vorliegen) das Zurückbehaltungsrecht erlischt, wenn nachträglich vereinbart wird, daß der Gläubiger mit dem Gegenstand in bestimmter, dem Zurückbehaltungsrecht widerstreitender Weise verfahren soll (unten Anm. VII). Umsomehr muß die ausdrückliche Abrede wirksam sein, daß ein Zurückbehaltungsrecht nicht entstehen, oder ein entstandenes erlöschen soll, und eine derartige Abrede wird in ihrer Wirksamkeit nicht durch § 370 Abs. 2 eingeschränkt (unten Anm. VII d 2).
7. Wegfall der Voraussetzungen des § 370. Vgl. § 370 Anm. IV b.

VI. Zurückbehaltungsrecht gegenüber Dritten (§ 369 Abs. 2).

a. **Die Denkschrift** 212, 213 führt aus: „Der Abs. 2 . . . entscheidet die nach dem geltenden Rechte bestrittene Frage, inwieweit das Zurückbehaltungsrecht Dritten gegenüber, denen ein Recht an dem zurückbehaltenen Gegenstande zusteht, geltend gemacht werden kann. Die Entscheidung der Frage hängt davon ab, ob das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nur als ein obligatorisches oder als ein dingliches Recht zu betrachten ist. Die Rechtsprechung und Wissenschaft neigen überwiegend dahin, den dinglichen Karakter des Zurückbehaltungsrechts zu verneinen, und der Entwurf stellt sich auf den gleichen Standpunkt" (vgl. jedoch oben Anm. V b). „Um den Gläubiger gegen Verfügungen des Schuldners über den zurückbehaltenen Gegenstand zu sichern, ist es nicht notwendig, dem Zurückbehaltungsrechte die Bedeutung eines dinglichen, dem gesetzlichen Pfandrechte ähnlichen Rechts beizulegen. Veräußert oder belastet der Schuldner die im Besitze des Gläubigers befindliche Sache, so kann der Gläubiger dem Rechtsnachfolger des Schuldners die ihm gegen den Anspruch des letzteren auf Herausgabe zustehenden Einwendungen, also auch das Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen (BGB. § 986 Abs. 2, §§ 1032, 1065, § 1205 Abs. 2, §§ 870, 1227). Ebenso ist ein Pfandgläubiger, der an der Pfandsache zugleich für eine andere Forderung ein Zurückbehaltungsrecht hat, durch die Vorschriften des § 1249 Satz 2 und des § 268 Abs. 3 Satz 2 BGB. dagegen geschützt, daß dieses Recht durch Einlösung des Pfandes von seiten eines Rechtsnachfolgers des Schuldners beeinträchtigt werde. Gegenüber später entstandenen *gesetzlichen* Pfandrechten" (vgl. jedoch BGB. § 1249 Abs. 2, § 1257) „oder Zurückbehaltungsrechten hat allerdings ein bloß obligatorisches Zurückbehaltungsrecht keine Wirkung. Dies ist aber auch sachgemäß, denn wenn beispielsweise der Verkäufer die bereits in das Eigentum des Käufers übergegangene" (vgl. oben Anm. IV b 2) „Ware diesem durch einen Speditör zusenden läßt, so wäre es nicht gerechtfertigt, einem dem Verkäufer wegen anderweitiger Forderungen an den Käufer zustehenden Zurückbehaltungsrechte den Vorrang vor dem gesetzlichen Pfandrechte des Speditörs und des Frachtführers einzuräumen" (vgl. gegen das Hierhergehören dieses Beispiels unten Anm. VI b 4 Voraussetzung 5). „Ebenso würde in dem Falle, daß über die Ware ein Lagerschein, ein Konnossement oder ein Ladeschein ausgestellt ist, die Anerkennung des dinglichen Karakters des Zurückbehaltungsrechts zu ungeeigneten Ergebnissen führen, da das Zurückbehaltungsrecht alsdann wegen jeder gegen einen Zwischenbesitzer des Papiers für den Auslieferungspflichtigen begründeten Forderung auf der Ware haften bliebe und daher, sofern es nicht etwa durch gutgläubigen Erwerb erloschen ist, auch gegenüber dem legitimierten Besitzer des Papiers trotz der im § 356" (jetzt § 364) „vorgesehenen Beschränkung der Einreden geltend gemacht werden könnte" (vgl. jedoch unten Anm. VI c). „Hiernach rechtfertigt sich die im . . . Abs. 2 des Entwurfs getroffene Bestimmung, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gegenüber einem anderen als dem Schuldner nur insoweit besteht, als dem anderen gegenüber die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe geltend gemacht werden können. Die häufig erörterte Frage über das Rangverhältnis zwischen dem Verfolgungsrechte des Absenders . . ." (KO. § 44) „und dem Zurückbehaltungsrechte des Speditörs und des Frachtführers wegen Forderungen an den Empfänger wird hierdurch" (vgl. jedoch unten Anm. VI d) „zu gunsten des ersteren Rechts entschieden."

b. **Allgemeines.**

1. *Die Bestimmungen des BGB.*, die bei nachträglichem Entstehen eines dinglichen Rechts an einem dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht unterliegenden Gegenstand zur Anwendung kommen. Nachträgliches Entstehen namentlich folgender Rechte kann in Betracht kommen:

   α. *Eigentum.* Der § 369 Abs. 2 knüpft durch seinen Wortlaut an BGB. §§ 931, 986 Abs. 2 an. Die letzteren Bestimmungen lauten:

   BGB. § 931. „Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so kann die" (zur Eigentumsübertragung erforderliche) „Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt."

   BGB. § 986 Abs. 2. „Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Ab-

tretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, kann dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen."

β. Vertrags- und gesetzliches Pfandrecht, Nießbrauch. Der § 986 Abs. 2 ist entsprechend anwendbar auch auf eine durch Abtretung des Herausgabeanspruchs erfolgte Einräumung eines Vertragspfandrechts (BGB. §§ 1205 Abs. 2, 870, 1227, D. 212) oder eines Nießbrauchs (BGB. §§ 1032, 1065, D. 212) und auf ein durch Abtretung des Herausgabeanspruchs — wenn solche Entstehung hierbei möglich — entstandenes gesetzliches Pfandrecht (BGB. § 1257, Staub Anm. 33; anscheinend dagegen D. 212, CosackHR. § 31 II). Über Umkehrung der Rangordnung bei aus Versendung oder Beförderung entstandenen Pfand- oder Zurückbehaltungsrechten vgl. § 443 Anm. II d.

γ. Pfändungspfandrecht. Auch vor einem späteren Pfändungspfandrecht hat das Zurückbehaltungsrecht den Vorrang (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. VII), da (KO. § 49 Nr. 4) letzteres im Konkurs Faustpfandrechten gleichgestellt ist (CPO. § 804 Abs. 2). Der Rückhalter, da er Besitzer (oben Anm. IV e), kann der Pfändung des zurückbehaltenen Gegenstands widersprechen (CPO. § 805); dann bleibt dem zweiten Gläubiger nur übrig, den dem Schuldner gegen den Rückhalter zustehenden Herausgabeanspruch zu pfänden und sich überweisen zu lassen (CPO. § 886); da aber die Pfändung und Überweisung nicht höhere Wirkung hat als die Einigung über vertragliche Bestellung eines Pfandrechts in Verbindung mit Abtretung des Herausgabeanspruchs (CPO. § 804 Abs. 1, § 836), so greift auch hier BGB. § 986 Abs. 2, § 1227 ein.

2. „Anspruch auf Herausgabe." Man könnte die Frage aufwerfen wollen, ob die Tragweite des § 369 Abs. 2 sich in der Verweisung auf BGB. § 986 Abs. 2, der die Einwendungen gegen den Angriff eines dinglich Berechtigten regelt, erschöpfe. Der Rückhaltungsgegner wird in der Regel neben seinem Eigentumsanspruch einen Forderungsanspruch auf Herausgabe haben, unter Umständen (§ 369 Abs. 1 Satz 2) auch nur letzteren. Man könnte mithin fragen, ob nicht der § 369 Abs. 2 auch verweise auf:

BGB. § 404. „Der Schuldner" (hier der Rückhalter) „kann dem neuen Gläubiger" (hier dem Dritten) „die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger" (hier den Schuldner) „begründet waren."

Dies ist jedoch zu verneinen. Aus § 369 Abs. 1 geht hervor, daß das Nichtbestehen eines persönlichen Herausgabeanspruchs eines Dritten keine Voraussetzung für das Entstehen des Zurückbehaltungsrechts ist, und dies geht bereits über BGB. § 404 („zur Zeit der Abtretung") hinaus. Da somit ein persönliches Recht des Dritten, auch wenn es schon früher besteht, nicht das Entstehen des Zurückbehaltungsrechts hindert, so erst recht nicht, wenn es erst nachträglich erworben wird. Hiernach enthält § 369 Abs. 2 keinen Hinweis auf BGB. § 404; vielmehr ist in § 369 Abs. 2 „Anspruch des Schuldners auf Herausgabe" nur im Sinn von „dinglicher Anspruch des Schuldners auf Herausgabe" gebraucht.

3. Verhältnis des § 369 Abs. 2 zum BGB.

Ferner könnte man fragen, ob nicht § 369 Abs. 2 überhaupt überflüssig sei, weil BGB. § 986 Abs. 2 — da der Rückhalter „Besitzer" (oben Anm. IV e) — ohnedies hätte zur Anwendung kommen müssen. Dies ist richtig bezüglich des Herausgabeweigerungsrechts (oben Anm. V a 1). Dagegen hätten bezüglich des Befriedigungsrechts (oben Anm. V a 2) Zweifel entstehen können, da BGB. § 986 Abs. 2 sich nur auf die Verteidigung, nicht auf den Angriff bezieht. Der § 369 Abs. 2 sagt nun: Zurückbehaltungsrecht (= Herausgabeweigerunsrecht + Befriedigungsrecht) gegenüber Dritten reicht so weit wie Herausgabeweigerungsrecht gegenüber Dritten. Die selbständige Bedeutung des § 369 Abs. 2 ist daher darin zu finden, daß er klarstellt, das Befriedigungsrecht reiche Dritten gegenüber gerade so weit, und nur so weit (D. 213), wie nach BGB. das Herausgabeweigerungsrecht. (Die D. 213 will allerdings in § 369 Abs. 2 nur eine

Bestimmung über das von ihr „Zurückbehaltungsrecht selbst“ genannte Herausgabeweigerungsrecht finden, dagegen in § 371 Abs. 1 Satz 2 die — nach Vorstehendem in Wahrheit in § 369 Abs. 2 liegende — entsprechende Bestimmung über das Befriedigungsrecht). — In welchen einzelnen Fällen das Herausgabeweigerungsrecht (und mithin gemäß § 369 Abs. 2 das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht in vollem Umfang) gegenüber Dritten ausgeübt werden kann, ist nicht aus § 369 Abs. 2, sondern nur aus sonstigen allgemeinen Vorschriften entnehmbar. — Über die Tragweite des § 371 Abs. 1 Satz 2 vgl. § 371 Anm. Ib.

Noch könnte in Frage kommen, ob § 369 Abs. 2 neben den Bestimmungen des BGB. ferner auch insoweit eine selbständige Bedeutung hat, als § 369 Abs. 2, indem dort allgemein von einem zurückbehaltenen „Gegenstand“ die Rede ist, auch den Fall eines Rückbehaltungsrechts an Orderpapieren umfaßt, während BGB. § 986 Abs. 2 nur den Fall einer zurückbehaltenen „Sache“ (einschließlich der Inhaberpapiere) behandelt. Indessen kann zweifelhaft sein, ob nach der herrschenden Meinung über die Notwendigkeit einer Übergabe des Orderpapiers bei Übertragung des verbrieften Rechts (dagegen vgl. § 222 Anm. IVa 1) überhaupt der in § 369 Abs. 2 vorausgesetzte Fall in Ansehung eines Orderpapiers vorkommen könnte.

4. Voraussetzungen des § 369 Abs. 2.

Voraussetzung für die Anwendung des § 369 Abs. 2 ist nach Vorstehendem: 1. daß der Anspruch des Dritten ein dinglicher ist (oben zu 2), insbesondere Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht (oben zu 1); 2. daß bei Erwerb des Anspruchs die Übergabe durch Abtretung des Herausgabeanspruchs ersetzt ist (BGB. § 986 Abs. 2, oben zu 1; vgl. jedoch nachstehend); 3. daß der Rückhalter noch Besitzer ist (BGB. § 986 Abs. 2, oben zu 1; über den Fall, daß er den Besitz verloren hatte, vgl. oben Anm. IVe). Fernere Voraussetzungen aber sind: 4. daß der Dritte erst nach Entstehung (oben Anm. Vc) des Zurückbehaltungsrechts den Anspruch erworben hat, da sonst überhaupt kein oder nur ein dem früheren (nicht durch Besitzverlust erloschenen) belastenden Recht nachstehendes Zurückbehaltungsrecht erworben ist (oben Anm. IVb 1) und 5. daß der Dritte sein Recht vom Schuldner herleitet (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. VI), denn abweichende Grundsätze gelten für den Fall, daß er auf ein verlorenes eigenes Eigentum (RG. 14 154) oder auf gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten (oben Anm. Vd 2) oder auf Übergabe seitens des Gläubigers (z. B. gesetzliches Pfandrecht des Speditörs, dem der Rückhalter die Ware übergeben hat (vgl. Denkschrift oben Anm. VIa, Staub Anm. 34) oder auf eine ursprüngliche Erwerbsart seinen Anspruch stützt.

Sollten (was davon abhängt, ob „Besitz“ in BGB. §§ 929 Satz 2, 930 auch mittelbaren einschließt, und ob Übergabe des indossierten Verfügungspapiers unter BGB. § 929 Satz 1 oder § 931 fällt) Fälle möglich sein, in denen der Dritte anders als durch Abtretung des Herausgabeanspruchs ein dingliches Recht erworben hat (liegt also die oben erwähnte Voraussetzung 2 nicht vor), so deckt der Wortlaut des § 369 Abs. 2 auch diesen (in der Denkschrift nicht erwähnten) Fall dahin, (oben zu 3), daß auch in diesem Fall das Befriedigungsrecht der §§ 371, 372 ebensoweit reicht wie (nach sonstigen Vorschriften) das Herausgabeweigerungsrecht. Die obige Voraussetzung 2 ist daher nicht als wesentlich zu erachten.

c. **Insbesondere Erwerb des Dritten an Ware durch Verfügungspapier, wenn Rückhalter der nach Inhalt des Papiers Auslieferungspflichtige.** Nach der Denkschrift (oben Anm. VIa) steht in solchem Fall das Zurückbehaltungsrecht gegen das Recht des Dritten zurück. Dies ist jedoch nur insoweit als richtig anzuerkennen, als § 364 Abs. 2 (Staub Anm. 35) oder §§ 446 Abs. 1, 651 Abs. 1, 2 (anscheinend a. M. Staub aaO.) eingreifen; in diesen Fällen sind eben die vorerwähnten Bestimmungen, und nicht BGB. § 986 Abs. 2, diejenige Vorschrift, auf welche (oben Anm. VIb 3) der § 369 Abs. 2 zurückverweist. Das Zurückbehaltungsrecht des Auslieferungspflichtigen kann daher nicht geltend gemacht werden, wenn der Dritte bezeichneter Empfänger (§§ 446, 651) oder infolge Indossaments „legitimierter Besitzer der Urkunde“ (§ 364 Abs. 2) ist, außer (in beiden Fällen) wenn die durch Ausstellung

des Verfügungspapiers abgegebene Erklärung unwirksam ist oder das Bestehen des Zurückbehaltungsrechts aus der Urkunde hervorgeht. Im Fall einer Übertragung des aus dem Verfügungspapier hervorgehenden Anspruchs in Form der gewöhnlichen Abtretung würde dagegen das Zurückbehaltungsrecht des Auslieferungspflichtigen gegen den Abtreter auch dem Abtretungsempfänger entgegengesetzt werden können (§ 424 Anm. II gegen herrschende Meinung).

d. **Vorrang des Verfolgungsrechts vor dem Zurückbehaltungsrecht des Speditörs oder Beförderers?**

Einigkeit herrscht über das Ergebnis, daß ein Verfolgungsrecht aus KO. § 44 dem Zurückbehaltungsrecht vorgeht, das dem Speditör oder Beförderer gegen den als Empfänger Bezeichneten etwa zusteht (ROH. **6** 308, **10** 80, **24** 348, RG. **8** 85, Denkschrift oben Anm. VI a, Staub Anm. 37, 38, Jaeger[2] KO. § 44 Anm. 29, Düringer-Hachenburg Anm. VI c und **3** 180, Goldmann Nr. 33). Der Weg aber, zu diesem Ergebnis zu gelangen, ist ein sehr verschiedener, da über die Voraussetzungen, von denen auszugehen, keine Einigkeit herrscht. Denn streitig ist, ob das Verfolgungsrecht von Absendung bis zur Ablieferung ein dingliches, die Sache belastendes Recht ist (so Staub Exk. zu § 382 Anm. 78), oder ob es bis zur Ausübung ein persönliches Recht ist, durch Ausübung aber rückwirkend Eigentum verleiht (so RG. **8** 84 und herrschende Meinung), oder ob es ein persönliches Recht ist und — mit Ausnahme der Aussonderungswirkung gegenüber der empfangenden Konkursmasse — bleibt (so Jaeger[2] aaO. Anm. 8, Düringer-Hachenburg **3** 180; vgl. auch RG. **41** 334: „Obligation"). Und streitig ist ferner, ob das Zurückbehaltungsrecht ein dingliches Recht ist oder nicht (für ersteres Staub gegen herrschende Meinung; vgl. oben Anm. V b).

Zu der Folgerung, daß das Verfolgungsrecht dem Zurückbehaltungsrecht vorgeht, läßt sich folgerichtig nur gelangen, wenn man das Verfolgungsrecht als dinglich ansieht, sei es nun, daß man die Dinglichkeit als nie erlöschend oder erst bei Ausübung rückwirkend eintretend erachtet. Nimmt man dagegen mit Jaeger[2] aaO. Anm. 8, 29, 30 an, daß das Verfolgungsrecht ein persönliches Recht des Absenders gegen den Empfänger ohne rückwirkend gegenüber Dritten eintretende Dinglichkeit ist, und daß daher, wenn der Absender einmal sein Eigentum aufgegeben hatte, kein gegen einen dritten Besitzer ausübbares Verfolgungsrecht besteht, so erscheint es nicht folgerichtig, dennoch (mit Jaeger[2] aaO. Anm. 29) ein Verfolgungsrecht gegen denjenigen Dritten zu geben, der ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer Forderung an den Empfänger beansprucht (gegen Jaeger mit Recht Staub Exk. zu § 382 Anm. 78). Gegenüber vorstehendem Satz macht Jaeger[2] § 44 Anm. 29 geltend, daß er den Vorrang des Verfolgungsrechts nicht aus einer folgewidrig angenommenen Dinglichkeit, sondern durch Gegenschluß aus § 369 Abs. 2 herleite, und daß dieser Gegenschluß begründet sei, da der Absender ein eigenes, nicht ein vom Empfänger abgeleitetes Recht geltend mache. Indessen kann nicht anerkannt werden, daß § 369 Abs. 2 die ihm hier von Jaeger zugeschriebene Tragweite hat. Zwar ist aus § 369 Abs. 2 der Gegenschluß zulässig, daß wenn gegenüber dem Schuldner (Empfänger) das Zurückbehaltungsrecht nicht geltend gemacht werden kann, es auch einem sein Recht vom Schuldner ableitenden Dritten nicht entgegengesetzt werden kann. Dagegen berechtigt § 369 Abs. 2 nicht zu dem Gegenschluß, daß selbst wenn (wie im vorliegenden Fall) das Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Schuldner geltend gemacht werden kann, dennoch einem Dritten, der ein eigenes, vom Schuldner nicht abgeleitetes Recht geltend mache, das Zurückbehaltungsrecht nie entgegengesetzt werden könne. Ob es dem Dritten entgegengesetzt werden kann oder nicht, hängt vielmehr in letzterem Fall davon ab, ob das Recht des Dritten dinglich oder persönlich ist, so daß die Frage, ob das Verfolgungsrecht dinglich oder persönlich, nicht unentschieden bleiben kann.

Ob das Zurückbehaltungsrecht dinglich, ist mithin nach richtiger Ansicht unerheblich für die Entscheidung der Frage, ob das Verfolgungsrecht ihm vorgeht (so auch Staub Anm. 37, 38 gegen Denkschrift aaO.); denn ist das Verfolgungsrecht dinglich, so entsteht das Zurückbehaltungsrecht doch später als das Verfolgungsrecht, geht daher, selbst wenn dinglich, diesem nach (oben Anm. IV b 1), da das Verfolgungsrecht nicht zu den in § 443 erwähnten Rechten

gehört, unter denen das jüngere Recht dem älteren vorgeht; ist aber das Verfolgungsrecht persönlich, so ist es keinesfalls ausübbar gegen Dritte, selbst nicht, wenn der Dritte nur ein als persönliches Recht aufzufassendes Zurückbehaltungsrecht hat, so daß bei Annahme eines nur persönlichen Verfolgungsrechts das Zurückbehaltungsrecht — gleichgültig, ob dinglich oder persönlich — dem Verfolgungsrecht vorgehen würde.

Über die von der vorstehend erörterten verschiedene Frage, ob der Speditör oder Beförderer ein Zurückbehaltungsrecht gegen den Versender bzw. Absender hat, vgl. unten Anm. VIId 3.

Über das Nachstehen des Verfolgungsrechts gegenüber gutgläubig erworbenen Eigentums- oder Pfandrechten Dritter vgl. § 366 Anm. Vc 2. Zurückbehaltungsrechte werden trotz Gutgläubigkeit des Rückhalters nicht durch Verfügung eines Nichtberechtigten erworben (oben Anm. IVb 1).

e. **Rangordnung im Verhältnis zu Pfandrechten.** Nach allgemeiner Regel geht ein früher entstandenes Pfandrecht (solange es nicht durch Besitzverlust oder in anderer Weise untergeht) dem später entstandenen Zurückbehaltungsrecht vor (oben Anm. IVb 1). Eine Ausnahme hiervon ist jedoch anzunehmen, soweit eine solche aus entsprechender Anwendung des § 443 auf die durch Versendung oder Beförderung entstandenen Zurückbehaltungsrechte folgt (§ 443 Anm. IId).

f. **Im Konkurs** gibt den Konkursgläubigern gegenüber das vor Konkurseröffnung entstandene (KO. § 15) kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ein Absonderungsrecht (KO. § 49 Nr. 4). Doch ist der Verwalter berechtigt (KO. § 127 Abs. 1 Satz 1), die Verwertung des zurückbehaltenen Gegenstands (und, da in KO. § 127 unter „Gegenstand" Forderungen einbegriffen: falls der zurückbehaltene Gegenstand Eigentum des Rückhalters, die Herausgabeforderung des Schuldners) nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung oder über den Pfandverkauf zu betreiben. Zu diesem Zweck kann er (geeignetenfalls nach vorheriger Erzwingung der Eigentumsübertragung, oben Anm. Va 1) die Herausgabe der im Eigentum des Gemeinschuldners stehenden Sache fordern; der Rückhalter kann seine Rechte nur auf den Erlös geltend machen (KO. § 127 Abs. 1 Satz 2).

VII. **Wirkung einer vor oder bei Übergabe erteilten Anweisung oder einer besonderen Abrede, in bestimmter Weise mit dem Gegenstand zu verfahren (§ 369 Abs. 3, § 370 Abs. 2).**

a. **Wirkung** einer dem § 369 Abs. 3 entsprechenden Anweisung oder Abrede ist, daß ein Zurückbehaltungsrecht nicht entsteht und (im Fall nachträglicher Abrede) daß ein etwa bereits entstandenes erlischt. Ausnahmsweise jedoch entsteht (oben Anm. Vc) trotz jener Anweisung oder Abrede das Zurückbehaltungsrecht, wenn über das Vermögen des Schuldners Konkurs eröffnet ist oder Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat oder eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners erfolglos versucht ist und der Gläubiger hiervon erst (im Fall der Anweisung) nach der Übergabe des Gegenstands bzw. (im Fall der Abrede) nach Übernahme der Verpflichtung Kenntnis erhält (§ 370 Abs. 2).

b. **Vor oder bei der Übergabe erteilte Anweisung.** Dies ist der Fall einer einseitigen Willenserklärung des Schuldners. „Übergabe" steht, wie eine Vergleichung mit Abs. 1 ergibt, im allgemeineren Sinn von „Besitzerlangung". Unerheblich ist auch, ob der Schuldner selbst es war, der den Besitz übertrug, wenn nur (oben Anm. IVc) die Übertragung mit Willen des Schuldners erfolgte. Dagegen ist an dem Wortlaut des Gesetzes dahin festzuhalten, daß der Zeitpunkt der Besitzerlangung der maßgebende ist, nicht etwa der möglicherweise spätere Zeitpunkt der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts. Eine nach Besitzerlangung, aber vor oder bei Entstehung des Zurückbehaltungsrechts (z. B. vor Fälligkeit der Forderung) erteilte Anweisung des Schuldners hindert daher nicht die Entstehung des Zurückbehaltungsrechts.

c. **Vom Gläubiger übernommene Verpflichtung.** Dies ist — abgesehen von den seltenen Fällen, in denen nach allgemeinen Grundsätzen eine einseitig abgegebene Verpflichtungserklärung für den Gläubiger bindend ist — der Fall eines Vertrags zwischen Gläubiger und Schuldner. Die Worte „vor oder bei der Übergabe" gehören, wie sich aus der Wiederholung des Artikels

„der" und aus einer Vergleichung mit § 370 Abs. 2 ergibt, nur zu „Anweisung", nicht auch zu „Verpflichtung". Auch eine nach der Besitzerlangung, ja sogar nach der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts übernommene Verpflichtung ist daher wirksam (ebenso Staub Anm. 39) und hindert die Entstehung des Zurückbehaltungsrechts bzw. läßt es erlöschen.

d. **Inhalt der Anweisung bzw. Verpflichtung**: in einer bestimmten, der Zurückbehaltung widerstreitenden Weise mit dem Gegenstand zu verfahren.

1. Wortlaut des § 369 Abs. 3. Die Worte „in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren" sollen, wie aus dem Fehlen eines Kommas vor „oder" und aus dem Setzen des Kommas hinter „Verpflichtung" hervorgeht, nicht nur auf „Verpflichtung" sondern auch auf „Anweisung" bezogen werden. Die „Zurückbehaltung" widerstreitet der „Anweisung" bzw. „Verpflichtung", wenn sie der durch Anweisung bzw. Verpflichtung vorgeschriebenen „Weise, mit dem Gegenstande zu verfahren" widerstreitet.

2. Bestimmte, der Zurückbehaltung widerstreitende Weise, mit dem Gegenstand zu verfahren.

Was unter diesen Worten verstanden, ist streitig. An sich würde hierunter jede Festsetzung fallen, vermöge deren der Gläubiger etwas anderes tun als im Besitz bleiben soll.

Wollte man jenen Worten einen so weiten Sinn beilegen, so würde als Fall des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts nur übrig bleiben, daß der Schuldner gerade zu dem Zweck, um den Gläubiger zu sichern, Gegenstände in dessen Besitz gelangen läßt. Eine solche Beschränkung nimmt in der Tat CosackHR. § 31 I 5a an. Seiner Ansicht ist indessen nicht beizutreten (Dernburg[3] 3 § 283 Anm. 7, Staub S. 1217 Fußnote 1, Düringer-Hachenburg Anm. IX), da aus der weiten Fassung des § 369 Abs. 1 und aus der Entstehungsgeschichte (P. 462 ff., 4577) sich ergibt, daß das Gesetz nicht nur einen so engen Kreis von Fällen treffen wollte.

Staub Anm. 40, 41 (ähnlich auch ROH. 12 29, RG. 8 X 00 JW. 756[26]) will in jenen Worten das Erfordernis sehen, daß nicht nur die aus der Natur des die Besitzerlangung begleitenden Schuldverhältnisses selbst sich ergebende Rückgabepflicht bestehen, sondern noch eine besondere Festsetzung darüber erfolgt sein müsse, wie der Gläubiger für den Eventualfall der Besitzerledigung mit der Sache verfahren solle. Er erachtet daher (Anm. 45) den § 369 Abs. 3 z. B. für nicht anwendbar, wenn der Schuldner dem Gläubiger Sachen zur Aufbewahrung übergeben hat, dagegen für anwendbar, wenn der Gläubiger die besondere Verpflichtung übernommen hat, nach Erledigung des Verwahrungsvertrags die Sache dem Schuldner zurückzugeben. An diesem Beispiel zeigt sich, wie unbefriedigend die Ergebnisse der Staubschen Ansicht sind: es ist rein zufällig, ob die Verpflichtung zur Herausgabe an den Schuldner, die ohnedies stets kraft des (falls nicht schuldrechtlichen, so doch dinglichen) zu grund liegenden Rechtsverhältnisses besteht, auch noch ausdrücklich übernommen wird; so würde es in dem erwähnten Fall der Aufbewahrung von dem Zufall abhängen, ob das vom Gläubiger etwa ausgestellte Empfangsbekenntnis gleichzeitig das (ohnedies selbstverständliche) Bekenntnis der Rückgabeverpflichtung enthält.

Man könnte ferner auf den Gedanken kommen, daß der § 369 Abs. 3 stets dann zur Anwendung zu bringen sei, wenn zwischen Gläubiger und Schuldner ein besonderes Schuldverhältnis, und nicht nur ein rein dingliches Rechtsverhältnis, in Ansehung des betreffenden Gegenstands besteht; aber auch diese Auslegung ist zu verwerfen, weil den Kreis der möglichen Fälle eines Zurückbehaltungsrechts allzusehr einschränkend.

Endlich führt auch nicht weiter die Anschauung (RG. 9 295, Düringer-Hachenburg Anm. IX), daß § 369 Abs. 2 nur den allgemeinen Grundsatz zum Ausdruck bringe, daß vertragwidriges oder arglistiges Zurückbehalten unzulässig sei; denn daß vertragwidriges Zurückbehalten unzulässig, ist zutreffend, aber nicht im vertragergänzenden § 369 Abs. 3 behandelt; der Begriff der Arglist aber — der gesetzgeberisch in Betracht gekommen sein mag — ist in § 369 Abs. 3 durch bestimmte Tatbestandsmerkmale ersetzt, es kommt daher nur darauf an, wie letztere gemeint sind.

Hiernach wird man dazu gedrängt, die Worte „in einer bestimmten Weise mit dem

Gegenstande zu verfahren" auszulegen im Sinn von „in anderer Weise als der ohne Anweisung bezw. Verpflichtung selbstverständlichen", nämlich „in anderer Weise als durch Herausgabe an den Schuldner". Das Zurückbehaltungsrecht wäre hiernach ausgeschlossen, wenn zur maßgebenden Zeit festgesetzt ist, daß der Gläubiger mit dem Gegenstand in bestimmter anderer Weise als durch Rückgabe an den Schuldner verfahren soll und die so bestimmte Weise im Widerstreit zu einer Zurückbehaltung steht. Die hier vertretene Auslegung enthält allerdings eine im Gesetz nicht klar zum Ausdruck gekommene Einschränkung; tatsächlich stimmen jedoch die aus dieser Auslegung zu ziehenden Folgerungen für die Einzelfälle mit der bisherigen Rechtsprechung überein (unten zu 3), und irgend eine im Gesetz nicht klar zum Ausdruck gekommene Einschränkung muß man — wie vorstehend gezeigt — jedenfalls machen. Vermieden wird ferner in ihren Folgen mißliche Unterscheidung zwischen stillschweigender und ausdrücklicher Willenserklärung, zu der Staubs Ansicht führt, die aber dem Gesetz fremd ist, da „bestimmte" nicht etwa zu „Anweisung" oder „Verpflichtung", sondern zu „Weise" gehört; die „Weise" aber ist auch dann bestimmt, wenn die „Anweisung" oder „Verpflichtung" lediglich stillschweigend oder zwar ausdrücklich aber als Bestandteil des Hauptvertrags erfolgt ist.

Schränkt man den § 369 Abs. 3 und § 370 Abs. 2 so wie vorstehend vertreten, ein, so darf aber nicht übersehen werden, daß außerdem es auch für zulässig zu erachten ist, durch Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger ein Zurückbehaltungsrecht auszuschließen (oben Anm. V d 6). Dieser Fall ist in § 369 Abs. 3, § 370 Abs. 2 garnicht erwähnt (vgl. Art. 316 ADH.), denn jene Bestimmungen sind vertragergänzend, aber nicht vertragauslegend, sie behandeln — wenngleich beide Fälle sich nahe berühren — die rechtlichen Folgen einer inhaltlich anderen Anweisung bezw. Abrede. Die vertragliche Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen; ist sie aber erfolgt, so entsteht auch nicht im Fall des § 370 Abs. 2 ein Zurückbehaltungsrecht (vgl. RG. 12 91).

3. Vier Hauptfälle sind zu unterscheiden:

α. Gegenstände, die ohne bestimmte Festsetzung betreffs Herausgabe oder mit der Festsetzung demnächstiger Herausgabe an den **Schuldner** übergeben sind. Bei diesen ist Zurückbehaltung zulässig. Daher können z. B. Gegenstände, die zur Aufbewahrung oder Lagerung übergeben sind, zurückbehalten werden (ebenso Staub Anm. 45—47, Schlegelberger AbhPrivrCPO. 12 219), außer wenn bestimmt war, daß bei Endigung der Aufbewahrung, Lagerung oder Bearbeitung mit ihnen in einer der Zurückbehaltung widerstreitenden Weise anders als durch Rückgabe an den Schuldner verfahren werden soll (abweichend Staub aaO.). Ebenso Gegenstände, die zur Ausbesserung (ROH. 12 29) oder Bearbeitung (OLG. Dresden 5 II 92 ZHR. 43 358) übergeben sind. Auch Gegenstände, die zur Versendung übergeben sind, falls Empfänger der Versender ist (§ 410 Anm. IV a 1). Über den Fall der Erledigung des Grunds der Übergabe vgl. unten zu δ. — Über den Fall vertragsmäßigen Ausschlusses des Zurückbehaltungsrechts vgl. oben zu 2.

β. Gegenstände, die mit der Festsetzung demnächstiger Herausgabe an **Dritte** übergeben sind, dürfen nicht auf Grund des § 369 zurückbehalten werden. So z. B. nicht Gegenstände, die zwecks Beförderung an Dritte (RG. 27 X 96 JW. 702[42]; über das Rückhaltungsrecht aus BGB. §§ 320, 321 vgl. § 410 Anm. IV a 2) oder zwecks Verkaufs übergeben werden, solange der Auftrag schwebt (ebenso Staub Anm. 46, 48). Ebenso, wenn festgesetzt ist, daß der Gläubiger die Gegenstände zur Verfügung eines Dritten zu halten hat (ROH. 19 376). Über den Fall der Ablehnung oder der nachträglichen Erledigung des Auftrags vgl. unten zu δ.

γ. Gegenstände, die mit der Festsetzung des Verbleibens bei dem **Gläubiger** übergeben sind, dürfen nicht zurückgehalten werden, falls das Verbleiben in einer der Zurückbehaltung widerstreitenden Weise geschehen soll. So dürfen z. B. Gegenstände, die als Erfüllung geleistet, Wechsel, die zwecks Diskontierung übersandt werden, nicht zurückbehalten werden, falls der Gläubiger zur Annahme als Erfüllung bezw. zur

Diskontierung verpflichtet ist oder die erteilte Anweisung annimmt (Staub Anm. 48 verneint Zurückbehaltungsrecht an zur Diskontierung übersandten Wechseln vor Erledigung des Diskontierungsauftrags). Über den Fall, daß der Gläubiger nicht verpflichtet ist, in dieser Weise zu verfahren oder der Anweisung trotz bestehender Verpflichtung nicht nachkommen will, vgl. unten zu δ.

δ. Gegenstände, die dem Gläubiger zugesendet sind, nach Erledigung des Grunds der Zusendung.

In diesem Fall muß unterschieden werden, ob der erkennbare Wille des Schuldners bei Übersendung (oder sonstiger Ermöglichung einer Besitzergreifung des Gläubigers) dahin ging, daß der Gläubiger von der Möglichkeit der Besitzergreifung nur dann Gebrauch machen solle, wenn er der Anweisung gemäß verfahren wolle, oder ob vielmehr der Schuldner wollte, daß der Gläubiger jedenfalls Besitz ergreife vorbehaltlich demnächstiger Erteilung der Anweisung oder Einigung über eine früher erteilte. In ersterem Fall ist kein Zurückbehaltungsrecht anzuerkennen, der zweite Fall dagegen ist nur ein Unterfall des zu α erwähnten, so daß Zurückbehaltungsrecht in der Regel besteht.

Bedingter Besitzverschaffungswille des Schuldners. Setzt in solchem Fall der Gläubiger trotz Ablehnung der Anweisung sich in Besitz, so ist — gleichgültig, ob die Anweisung auf Aushändigung an Dritte, auf eigene Verwendung durch Gläubiger oder auf demnächstige Rückgabe an Schuldner lautete — ein Zurückbehaltungsrecht zu verneinen, weil in solchem Fall die Gegenstände nicht „mit Willen" (oben Anm. IV c) des Schuldners in den Besitz des Gläubigers gelangt sind; der Wille des Schuldners ging dahin, daß nur unter der Bedingung, daß der Gläubiger die Anweisung ausführen wolle, er sich in den Besitz der Gegenstände setzen solle, der Gläubiger war daher nicht ermächtigt, sich unter gleichzeitiger Vereitelung jener Bedingung in Besitz zu setzen. So namentlich, wenn der Schuldner dem Gläubiger Gegenstände mit einer Anweisung zusendet, zu deren Befolgung der Gläubiger nicht verpflichtet ist und die er sofort ablehnt. So z. B., wenn Waren dem Speditör zur Beförderung an Dritte übergeben werden, er aber die Beförderung ablehnt; ebenso wenn Wechsel zur Diskontierung übersandt werden, und die Diskontierung abgelehnt wird (anscheinend ebenso Staub Anm. 48); oder wenn mit einem Verfügungspapier Tratten zum Akzeptieren eingesandt werden und der Empfänger das Akzeptieren ablehnt, das Verfügungspapier aber behalten will (vgl. ROH. 19 376). Nicht anders aber in der Regel auch, wenn unbestellte Waren zum Ankauf dem Gläubiger übersandt werden und dieser den Ankauf ablehnt (ebenso OG. Wien bei Adler und Clemens Nr. 1580, angeführt bei Staub Anm. 26; dagegen Staub Anm. 43), oder wenn zwecks Angebots zur Annahme an Erfüllungsstatt (BGB. § 364 Abs. 1) oder behufs Erfüllungsversuchs (BGB. § 364 Abs. 2) Schuldner dem Gläubiger Gegenstände, die dieser offensichtlich nicht als Erfüllung anzunehmen braucht, z. B. statt Zahlung Rimessen (dagegen Staub Anm. 43), oder statt der vertragsmäßigen Ware eine erheblich abweichende Ersatzware übersendet, und der Gläubiger ablehnt, jene Gegenstände zu dem bezeichneten Zweck anzunehmen. Dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn zwar der Gläubiger bereits im voraus verpflichtet war, Zug um Zug gegen Besitzerlangung in der bestimmten Weise mit dem Gegenstand zu verfahren, aber tatsächlich ablehnt so zu verfahren und trotzdem im Widerspruch zu dem erkennbaren Willen des Schuldners sich in Besitz setzt; so z. B. wenn Käufer die als Erfüllung gesandte Ware unrechtmäßig nicht als Erfüllung annehmen, dennoch aber im Gegensatz zu dem für diesen Fall vom Schuldner Gewollten in Besitz nehmen will (vgl. RG. 46 202). — Der Fall, daß der Gläubiger — sei es gemäß seiner Verpflichtung, sei es unter freiwilliger Befolgung der Anweisung — mit dem Gegenstand tatsächlich in einer der Zurückbehaltung widerstreitenden Weise verfährt, braucht nicht erörtert zu werden, da, wenn so verfahren, eine Zurückbehaltung nicht mehr in Frage kommen kann; anders nur, wenn nachträglich der Grund der Besitzübertragung wieder fortfällt, und dann liegt in der Regel der nachstehend erwähnte Fall vor.

Unbedingter Besitzverschaffungswille des Schuldners. Die Erledigung des Grunds der Zusendung kann in diesem Fall entweder gleichfalls dadurch erfolgen, daß der Gläubiger die Befolgung der Anweisung ablehnt, oder es kann ein demnächst neu hinzutretendes Ereignis die Ausführung der Anweisung unzulässig oder unmöglich machen. In letzterem Fall ist auch unerheblich, ob der Besitzverschaffungswille des Schuldners von Anfang an ein unbedingter war, oder ob er zwar ursprünglich ein nur bedingter war, der Gläubiger aber sich zur Erfüllung der Bedingung bereit gezeigt hatte. Alle diese Fälle sind Unterfälle des zu α erwähnten. Mithin besteht in diesen Fällen ein Zurückbehaltungsrecht, außer wenn rechtzeitig für den Eventualfall nachträglichen Wegfalls des Besitzgrunds eine Festsetzung entweder der zu β oder der zu γ erwähnten Art getroffen worden ist. So z. B. bei Sachen, die infolge Kaufs auf Probe übergeben sind, wenn demnächst der Käufer den Gegenstand nicht billigt (ebenso Staub Anm. 42; dagegen Lehmann Nr. 14, Schlegelberger AbhPrivrCPO. 12 218); so bei den zwecks Erfüllungsversuchs übersandten und entgegengenommenen Rimessen und eigenen Akzepten (oben Anm. IV b 3), wenn sie demnächst nicht eingelöst werden; so bei Waren, die vor endgültiger Einigung mit Rücksicht auf schwebende Kaufsverhandlungen übersandt und vorläufig in Besitz genommen werden, wenn demnächst eine Einigung scheitert (ROH. 10 236); so bei den dem Gläubiger zur Beförderung an einen Dritten übergebenen Waren nach Annahmeweigerung des letzteren (§ 627 Abs. 2, RG. 27 X 96 JW. 702[42]) oder nach Widerruf des Auslieferungsauftrags; so bei den dem selbständigen (anderenfalls § 59 Anm. II d) Beauftragten (z. B. dem Verkaufskommissionär oder Agenten) zwecks Weiterverkaufs übersandten Waren nach Endigung des ständigen Auftragsverhältnisses (Bolze 11 Nr. 319; dagegen OLG. Kiel 22 III 05 OLGRspr. 11 409) oder Widerruf des betreffenden Einzelauftrags; so auch bei den als Faustpfand übergebenen Gegenständen nach Erledigung der Verpfändung (ROH. 17 293, vgl. ROH. 2 80, 6 196). Ebenso aber in der Regel auch, wenn eine Ware zwecks Erfüllung einer Verpflichtung, z. B. in Ausführung eines Verkaufs, übersandt ist und Käufer demnächst wegen Sachmängel Wandlung oder Ersatzleistung verlangt (RG. 12 84, 43 39, OLG. Hamburg 8 IV 90 ZHR. 40 495, Staub Anm. 44, Schlegelberger AbhPrivrCPO. 12 218) oder mit Rücksicht auf einen schon vorher mit Recht erklärten, aber vom Verkäufer nicht als berechtigt anerkannten Rücktritt die Annahme als Erfüllung ablehnt (RG. 26 60); denn in der Regel wird bei Übersendung als Erfüllung der Wille des Übersenders dahin gehen, daß der Empfänger unbedingt Besitz ergreifen soll, vorbehaltlich späterer Austragung etwaiger Streitigkeiten. Ausnahmsweise kann der Fall aber auch anders liegen; so z. B. wenn Käufer nur gegen Zahlung der Fracht den Besitz erwerben sollte, sich aber ohne Zahlung der Fracht in Besitz setzt (RG. 46 202), oder wenn Verkäufer vor oder bei Übersendung den Käufer darauf hinweist, daß die Ware erhebliche Mängel habe, unter dem Anheimstellen, ob er sie trotzdem annehmen wolle.

§ 370.

Notzurückbehaltungsrecht.

Das Zurückbehaltungsrecht kann auch wegen nicht fälliger Forderungen geltend gemacht werden:

1. wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet ist oder der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat;
2. wenn eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ohne Erfolg versucht ist.

Der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts steht die Anweisung des Schuldners oder die Uebernahme der Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, nicht entgegen, sofern die im Abs. 1 Nr. 1, 2

bezeichneten Thatsachen erst nach der Uebergabe des Gegenstandes oder nach der Uebernahme der Verpflichtung dem Gläubiger bekannt werden.

ADH. Art. 314. **Entw. I** § 341. **Entw. II** § 362.

I. **Zurückbehaltungsrecht wegen nicht fälliger Forderungen (§ 370 Abs. 1)** besteht in 3 Fällen (unten Anm. III). Dies ist eine Ausnahme von der Vorschrift des § 369 Abs. 1, daß ein Zurückbehaltungsrecht nur wegen fälliger Forderungen bestehe (§ 369 Anm. IIIe). Auch im Fall des § 370 muß aber die Forderung bereits entstanden sein (Staub Anm. 2). Jedoch erscheint nicht erforderlich, daß sie (was Staub Anm. 2 annimmt) auch bereits unbedingt sein müsse; nur besteht während schwebender Bedingung — außer bei auflösender Bedingung im Konkurs (KO. § 66) — lediglich das im Zurückbehaltungsrecht liegende Herausgabeweigerungsrecht, nicht auch das darin liegende Befriedigungsrecht (§ 369 Anm. Va 2). Die Worte „Das Zurückbehaltungsrecht" im Eingang des § 370 verweisen zurück auf den § 369; mithin müssen alle übrigen in § 369 aufgeführten Voraussetzungen für das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts — mit der Maßgabe in § 370 Abs. 2 — auch in den drei in § 370 Abs. 1 genannten Fällen vorliegen, damit ein Zurückbehaltungsrecht entsteht. Das Entstehen eines Zurückbehaltungsrechts (Abs. 1 § 370) wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß schon vor Besitzerlangung der Gläubiger Kenntnis von der Zahlungseinstellung oder von der fruchtlosen Vollstreckung hatte (ROH. **19** 371). Nach Konkurseröffnung kann kein Zurückbehaltungsrecht mehr mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern entstehen (KO. § 15).

II. **Zurückbehaltungsrecht trotz Anweisung bezw. Verpflichtung, in bestimmter**, der Zurückhaltung widerstreitender **Weise mit dem Gegenstand zu verfahren (§ 370 Abs. 2).**

Ein solches Zurückbehaltungsrecht besteht in den drei im Abs. 1 genannten Fällen (unten Anm. III), wenn die Tatsache, daß einer jener Fälle vorliegt, dem Gläubiger erst nach der Übergabe des Gegenstands (§ 369 Anm. VIIb) oder nach der Übernahme der Verpflichtung (§ 369 Anm. VIIc; wenngleich etwa vor Übergabe des Gegenstands, RG. 12 91) bekannt geworden ist; hierin liegt eine Ausnahme von § 369 Abs. 3 (§ 369 Anm. VIIa). Darauf, ob das Bekanntwerden vor oder nach Besitzerlangung bezw. Verpflichtungsübernahme geschehen, kommt es an; das Zurückbehaltungsrecht des § 370 Abs. 2 entsteht daher sowohl, wenn die betreffende Tatsache schon vor Besitzerlangung bezw. Verpflichtungsübernahme vorlag, ohne dem Gläubiger bekannt zu sein, wie auch, wenn die Tatsache überhaupt erst nach Besitzerlangung bezw. Verpflichtungsübernahme eingetreten ist. Hatte aber bei Besitzerlangung bezw. Verpflichtungsübernahme der Gläubiger keine Kenntnis, und entsteht daher das Zurückbehaltungsrecht überhaupt, so entsteht es nicht etwa erst durch Erlangung der Kenntnis, vielmehr ist es bereits zu dem Zeitpunkt (und nicht früher, § 369 Anm. Vc) entstanden, an welchem zuerst sowohl die nachträglich bekannt gewordene Tatsache und die sonstigen Voraussetzungen eines Zurückbehaltungsrechts gleichzeitig vorlagen; anderenfalls würde die in § 370 Abs. 2 enthaltene Bezugnahme auf die in § 370 Abs. 1 Nr. 1 erwähnte Konkurseröffnung, da man von dieser erst, nachdem sie erfolgt, Kenntnis erhalten kann, dem § 15 KO. widersprechen.

Die Worte „die im Abs. 1 Nr. 1, 2 bezeichneten Tatsachen" werden dahin sinngemäß einzuschränken sein, daß wenn der Gläubiger bei Besitzerlangung bzw. Verpflichtungsübernahme von dem Vorliegen eines jener drei Fälle bereits Kenntnis hatte, er ein Zurückbehaltungsrecht nicht schon dann erlangt, wenn er erfährt, daß ferner ein beliebiger der beiden übrigen Fälle vorlag, sondern nur dann, wenn ihm bekannt wird, daß ein Fall vorliegt, der ihn noch mehr als der ihm bereits früher bekannte gefährdet. Wußte er z. B., daß eine Zwangsvollstreckung ohne Erfolg versucht war, so erlangt er ein Zurückbehaltungsrecht, wenn er nachträglich erfährt, daß die Zahlungen allgemein eingestellt sind oder daß Konkurs eröffnet ist. Wußte er, daß die Zahlungen eingestellt sind, so erlangt er kein Zurückbehaltungsrecht, wenn er nachträglich erfährt, daß eine Zwangsvollstreckung ohne Erfolg versucht ist; dagegen erlangt er ein Zurückbehaltungsrecht, wenn er demnächst erfährt, daß Konkurs eröffnet ist. War Konkurs eröffnet, so erlangt Gläubiger an zur Masse gehörigen Gegenständen kein Zurückbehaltungsrecht, selbst wenn er von Konkurseröffnung, Zahlungseinstellung oder erfolgloser Zwangsvollstreckung keine Kenntnis hatte (KO. § 15).

III. **Die drei Fälle, in denen die in Anm. I und II erörterten Ausnahmen eintreten.**

a. **Konkurseröffnung** (KO. §§ 102 ff.) über das Vermögen des Schuldners.

b. **Zahlungseinstellung** (vgl. KO. §§ 30, 102) des Schuldners, d. h. die erkennbar gewordene Tatsache der Nichterfüllung fälliger Geldschulden wegen nicht bloß vorübergehenden Mangels an Zahlungsmitteln. Die Wahrscheinlichkeit demnächstiger Konkurseröffnung oder bevorstehende Zahlungseinstellung genügt nicht (RG. 13 115); ebensowenig Arrest an sich (Staub Anm. 1).

c. **Erfolglose Zwangsvollstreckung.** Vgl. § 135 Anm. II a—c.

IV. **Entstehung und Endigung des Zurückbehaltungsrechts des § 370.**

a. **Entstehung.** Über die Erwähnung des „Geltendmachens" vgl. § 369 Anm. V c. Über den Zeitpunkt der Entstehung im Fall des § 370 Abs. 2 vgl. oben Anm. II. Ist der Rückhalter nur aus dem Grund noch im Besitz im Zeitpunkt der Konkurseröffnung, Zahlungseinstellung oder erfolglosen Zwangsvollstreckung, weil er unrechtmäßig vorher die Herausgabe verweigert hatte, so entsteht kein Zurückbehaltungsrecht (ebenso OLG. Frankfurt a. M. 15 IV 90 ZHR. 40 534; dagegen RG. 13 VII 04 HoldheimsMSchr. 05 27), da jenes Tatbestandsmerkmal wider Treu und Glauben herbeigeführt ist (entsprechend anzuwenden BGB. § 162, RG. 58 409) und da die frühere Rechtswidrigkeit zur Herstellung des Zustands verpflichtet (BGB. § 249), der vorgelegen hätte, wenn damals nicht zurückgehalten wäre.

b. **Endigung.** Vgl. § 369 Anm. V d. Man wird anzunehmen haben, daß ein gemäß § 370 entstandenes Zurückbehaltungsrecht wieder erlischt (falls nicht inzwischen auch die Voraussetzungen des § 369 eingetreten sind), wenn der Grund seiner Entstehung nachträglich wieder fortfällt, z. B. der Konkurseröffnungsbeschluß auf Beschwerde wieder aufgehoben, oder das Konkursverfahren eingestellt oder aufgehoben ist, wenn der Schuldner die eingestellt gewesenen Zahlungen allgemein wieder aufnimmt, und wenn eine spätere Zwangsvollstreckung wieder Erfolg bringt; im Fall des Abs. 1 müssen alle drei Tatsachen fortgefallen sein, im Fall des Abs. 2 nur diejenigen, infolge deren Nichtbekanntseins das Zurückbehaltungsrecht entstanden war. Ebenso entsteht kein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 370, wenn zwar eine der drei Tatsachen einmal in früherer Zeit vorgelegen hatte, aber schon wieder vor dem Zeitpunkt fortgefallen war, zu dem, wenn dies nicht geschehen wäre, ein Zurückbehaltungsrecht entstehen würde.

§ 371.

Befriedigungsrecht.

Der Gläubiger ist kraft des Zurückbehaltungsrechts befugt, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstande für seine Forderung zu befriedigen. Steht einem Dritten ein Recht an dem Gegenstande zu, gegen welches das Zurückbehaltungsrecht nach § 369 Abs. 2 geltend gemacht werden kann, so hat der Gläubiger in Ansehung der Befriedigung aus dem Gegenstande den Vorrang.

Die Befriedigung erfolgt nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. An die Stelle der im § 1234 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmten Frist von einem Monate tritt eine solche von einer Woche.

Sofern die Befriedigung nicht im Wege der Zwangsvollstreckung stattfindet, ist sie erst zulässig, nachdem der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel für sein Recht auf Befriedigung gegen den Eigenthümer oder, wenn der Gegenstand ihm selbst gehört, gegen den Schuldner erlangt hat; in dem letzteren Falle finden die den Eigenthümer betreffenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Befriedigung auf den Schuldner entsprechende Anwendung. In Ermangelung des vollstreckbaren Titels ist der Verkauf des Gegenstandes nicht rechtmäßig.

Die Klage auf Gestattung der Befriedigung kann bei dem Gericht, in dessen

Bezirke der Gläubiger seinen allgemeinen Gerichtsstand oder den Gerichtsstand der Niederlassung hat, erhoben werden.

ADH. Art. 315. **Entw. I** § 342. **Entw. II** § 363.

I. **Inhalt des Befriedigungsrechts.**

a. **Befriedigungsrecht (§ 371 Abs. 1 Satz 1).** Vgl. § 369 Anm. V a 2. Wie § 371 Abs. 1 ausdrücklich hervorhebt, gibt das Zurückbehaltungsrecht nur ein Recht zur Befriedigung („befugt"); der Gläubiger kann nicht gezwungen werden, sich dieses Rechts zu bedienen (RG. 2 36), kann sich vielmehr auf Herausgabeweigerung (§ 369 Anm. V a 1) beschränken. In Ausnahmefällen fehlt ein Befriedigungsrecht überhaupt (§ 369 Anm. V a 2). Über das Recht des Schuldners, das Zurückbehaltungsrecht durch Sicherstellung oder Befriedigung zu beseitigen, vgl. § 369 Anm. V d 5, 4. — Für die Fälle des § 370 Abs. 1 folgt aus BGB. § 1228 Abs. 2 Satz 1 (HGB. § 371 Abs. 2), daß — soweit nicht die Bestimmungen der KO. §§ 65 ff. oder des BGB. § 1294 eingreifen — das Befriedigungsrecht nicht bereits gleichzeitig mit dem Herausgabeweigerungrecht, sondern erst bei eintretender Fälligkeit der Forderung beginnt (dagegen Staub Anm. 20, 21).

b. **Insbesondere gegenüber Dritten (§ 371 Abs. 1 Satz 2).** Daß Dritten gegenüber das Befriedigungsrecht in denselben Fällen und nur in denselben Fällen vorhanden ist wie das Herausgabeweigerungsrecht, ist in § 369 Abs. 2 bestimmt (§ 369 Anm. VI b 3). Die Denkschrift 213, die jene Bestimmung nicht in § 369 Abs. 2 findet, wollte diese Folgerung durch die Aufnahme des § 371 Abs. 1 Satz 2 noch „besonders hervorheben". Demgemäß nimmt Staub Anm. 2 an, daß § 371 Abs. 1 Satz 2 neben § 369 Abs. 2 überflüssig sei. Hält man sich lediglich an den Wortlaut des Gesetzes, so würde in § 371 Abs. 1 Satz 2 zwar nicht eine Wiederholung, aber ein — allerdings ziemlich selbstverständlicher — Zusatz zu § 369 Abs. 2 zu erblicken sein. Letzterer bestimmt, daß der Rückhalter auch gegenüber Dritten das Befriedigungsrecht hat, und § 371 Abs. 1 Satz 2 erklärt, daß er den Dritten nicht vollständig ausschließt, sondern nur den Vorrang hat. Dieser „Vorrang" des Rückhalters kommt darin zum Ausdruck, daß wenn auch der Dritte ein Befriedigungsrecht hat, dieser es nicht gegen den Willen des Rückhalters ausüben kann (vgl. BGB. § 1232), und daß im Fall der Ausübung des Befriedigungsrechts seitens des Rückhalters und in etwaigen sonstigen Fällen, in denen aus irgend einem Grund (z. B. gemäß KO. § 127; vgl. § 369 Anm. VI f) eine Geldsumme an die Stelle des Gegenstands tritt, zuerst der Rückhalter und erst nach ihm der Dritte aus dem Erlös zu befriedigen ist.

II. **Grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschriften über die Pfandbefriedigung (§ 371 Abs. 2).** Nach § 371 Abs. 2 erfolgt die Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstand nach den Vorschriften des BGB. über die Pfandbefriedigung (wozu auch BGB. § 461, betr. Nichtvertretbarkeit eines Mangels, gehört) mit der dem § 368 entsprechenden Maßgabe, daß an die Stelle der einmonatlichen Verkaufsandrohungs-Frist des BGB. § 1234 Abs. 2 eine einwöchige tritt (§ 368 Anm. IV). Weitere Abweichungen von jenem Grundsatz bzw. Klarstellungen entsprechender Anwendung sind dann in § 371 Abs. 3, 4 und § 372 enthalten (unten Anm. III—V, § 372 Anm. III). — In welcher Form im Einzelfall die Befriedigung erfolgen darf (Versteigerung, Verkauf aus freier Hand, Einziehung), bestimmt sich lediglich nach den Vorschriften des BGB. über die Pfandbefriedigung (D. 214; vgl. § 368 Anm. II). Die D. 214 bemerkt: „Bei körperlichen Sachen, bei Inhaberpapieren und bei Papieren, die durch Indossament übertragen werden können und einen Börsenpreis haben, erfolgt demnach die Befriedigung durch Verkauf" (vgl. jedoch auch BGB. § 1294) „unter entsprechender Anwendung der §§ 1228—1247 BGB. . . . Bei anderen Wertpapieren findet, sofern sie ein Forderungsrecht begründen, die Einziehung gemäß § 1282 BGB. statt" (vgl. auch BGB. § 1294). „Für Wertpapiere, die weder der einen noch der anderen dieser Gattungen angehören,

wie z. B. für Namenaktien ohne Börsenpreis, ist nur der Weg der Zwangsvollstreckung gegeben (§ 1277 BGB.)."

III. **Erfordernis vollstreckbaren Titels für Befriedigungsrecht (§ 371 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1, Abs. 4).** In diesem Erfordernis liegt der wichtigste Unterschied der Rückhaltungsbefriedigung von der Pfandbefriedigung.

a. **„Sofern die Befriedigung nicht im Wege der Zwangsvollstreckung stattfindet."** Der Rückhalter hat die Wahl, ob er das im Zurückbehaltungsrecht liegende, in §§ 371, 372 geordnete Befriedigungsrecht ausüben und insbesondere gemäß § 371 Abs. 3 einen vollstreckbaren Titel für sein Recht auf Befriedigung sich verschaffen und auf Grund des letzteren unmittelbar sein Zurückbehaltungsrecht verwerten, oder ob er statt dessen für seine Forderung gegen den Schuldner einen vollstreckbaren Titel erwirken und auf Grund des letzteren die zurückbehaltenen Gegenstände pfänden will, um dann das so erlangte Pfändungspfandrecht gemäß den allgemeinen Regeln der CPO. zu verwerten. Die letztere Möglichkeit — die übrigens nur vorliegt, falls die zurückbehaltenen Gegenstände zur Zeit der Pfändung Eigentum des Schuldners sind — ist nicht Ausübung des im Zurückbehaltungsrecht liegenden Befriedigungsrechts, vielmehr ein von den Vorschriften des HGB. unberührt gelassener anderweiter Rechtsbehelf. Auch der Pfandgläubiger hat diesen Rechtsbehelf, ohne daß er in BGB. § 1233 noch besonders erwähnt wäre. — Hat der Rückhalter den Weg gewählt, einen vollstreckbaren Titel für sein Recht auf Befriedigung (gegen Eigentümer bzw. Schuldner) zu erwirken, so steht ihm nach BGB. § 1233 Abs. 2 (HGB. § 371 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2) auch in dieser Lage des Verfahrens noch die Wahl frei, ob er einen etwaigen Verkauf nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften oder nach den Regeln über den Pfandverkauf vornehmen lassen will.

b. **Erlangung des vollstreckbaren Titels für des Recht auf Befriedigung.**

1. Vollstreckbarer Titel. Vgl. CPO. §§ 704, 794.

2. Gerichtsstand. Zu den übrigen etwa möglichen Gerichtsständen (CPO. § 35) tritt nach § 371 Abs. 4 wahlweise der allgemeine Gerichtsstand (CPO. §§ 12—19) des Rückhalters und der Gerichtsstand der Niederlassung (CPO. § 21) des Rückhalters; letzterer indessen — obwohl dies in § 371 Abs. 4 nicht ausdrücklich gesagt ist — nur unter entsprechender Anwendung der in CPO. § 21 enthaltenen Einschränkungen (ähnlich Staub Anm. 7), d. h. unter Anwendung des § 21 CPO. unter Ersetzung der in CPO. § 21 enthaltenen Worte „gegen ihn" bzw. „gegen Personen" durch „von ihm" bzw. „von Personen".

3. Gegen wen muß der vollstreckbare Titel lauten? Nach § 371 Abs. 3 ist zu unterscheiden, ob der zurückbehaltene Gegenstand Eigentum des Rückhalters ist (§ 369 Abs. 1 Satz 2) oder nicht (§ 369 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2). Ist der zurückbehaltene Gegenstand Eigentum des Rückhalters, so muß gegen den Schuldner der vollstreckbare Titel erwirkt werden. Ist der zurückbehaltene Gegenstand nicht Eigentum des Rückhalters, sondern eines anderen, sei es des Schuldners sei es eines Dritten, so ist Regel, daß der vollstreckbare Titel gegen den derzeitigen Eigentümer erwirkt werden muß. Ausnahmen von der letzteren Regel enthalten für den Fall, daß ein Dritter Eigentümer geworden, HGB. § 372 und CPO. §§ 325 ff., 727 ff. — Demjenigen gegenüber, der nur ein belastendes Recht an der Sache hat, braucht das Recht zur Befriedigung nicht besonders festgestellt zu werden.

4. Klageantrag (bzw. Entscheidungsteil des vollstreckbaren Titels). In dieser Beziehung stimmt § 371 Abs. 3 (der seinerseits dem BGB. § 1233 Abs. 2 entspricht) nicht genau mit § 371 Abs. 4, § 372 Abs. 2 überein. Während ersterer einen Titel für das „Recht auf Befriedigung" verlangt, erwähnen letztere Stellen eine Klage auf „Gestattung der Befriedigung". Der erstere Ausdruck als der umfassendere ist als maßgebend anzusehen. Der Klageantrag und der vollstreckbare Titel brauchen daher nicht notwendig dahin zu lauten, „die Befriedigung zu gestatten" (so Staub Anm. 5, Lehmann Nr. 6, Düringer-Hachenburg Anm. VII, Schlegelberger AbhPrivrCPO. 12 233), vielmehr genügt z. B.

auch die Fassung „die Befriedigung zu dulden" oder (vgl. D. 214) „der Rückhalter wird für befugt erklärt, sich zu befriedigen" oder „der Schuldner wird verurteilt, zu zahlen bei Vermeidung der Befriedigung des Gläubigers aus den zurückbehaltenen Gegenständen" (vgl. auch Planck[3] § 1233 Anm. 2a β). In allen Fällen ist jedoch zuzusetzen, wegen welcher Forderung und (vgl. D. 214) in Ansehung welcher zurückbehaltenen Gegenstände das Recht auf Befriedigung festgestellt werden soll. Soll auch wegen der Kosten für die Erlangung des vollstreckbaren Titels (vgl. unten zu 5) und der sonstigen Nebenkosten des BGB. § 1210 Abs. 2 (vgl. § 369 Anm. III b) Befriedigung gesucht werden, so müssen auch sie im Klageantrag und in dem vollstreckbaren Titel Erwähnung finden; Verwendungen und Kündigungskosten werden ihrer Höhe nach anzugeben sein, bezüglich der Rechtsstreitkosten genügt demnächstige Beibringung eines Festsetzungsbeschlusses, und die nach Erlaß des vollstreckbaren Titels liegenden Kosten werden — entsprechend den für Vollstreckungskosten bestehenden Vorschriften — auch ohne besondere Festsetzung ihrer Höhe berücksichtigt werden dürfen.

5. Wen treffen die Kosten für Erlangung des vollstreckbaren Titels? Staub Anm. 8 will sie dem Rückhalter auferlegen, außer wenn der Beklagte im Rechtsstreit bestreitend aufgetreten ist oder Anlaß zur Klage gegeben hat (abw. Schlegelberger AbPrivrCPO. 12 234). Dem ist zuzustimmen; aber die bezeichneten Ausnahmen sind umfassender als die Regel. Zunächst ist zu beachten, daß an den zurückbehaltenen Gegenstand sich der Rückhalter wegen der Kosten stets halten kann (§ 369 Anm. IIIb, § 371 Anm. IIIb 4). Die oben aufgeworfene Frage beschränkt sich daher darauf, ob der Beklagte auch für die nicht durch den Wert des Gegenstands gedeckten Kosten haftet. Nicht gedeckte Kosten werden aber selten vorkommen, da der Erlös zuerst auf die Kosten zu verrechnen ist (BGB. § 367, entsprechend anzuwenden). Sind aber dergleichen nicht gedeckte Kosten vorhanden, so hat, wenn die Klage sich gegen den Schuldner richtet und dieser im Verzug ist (a. M. Düringer-Hachenburg Anm. VII, welche einen Verzug nicht fordern), er bereits durch Nichtzahlung der fälligen Schuld genügenden Anlaß zur Klage gegeben. Zur Anwendung für die Staubsche Regel verbleiben daher nur die Fälle einer Klage gegen den dritten Eigentümer und einer Klage gegen den trotz Fälligkeit nicht im Verzug befindlichen Schuldner.

6. Ist das Erfordernis eines vollstreckbaren Titels zwingenden Rechts? Staub Anm. 28 bejaht dies. Allerdings ist zweifelhaft, wie zu entscheiden. Indessen ist doch wohl der gegenteiligen Ansicht der Vorzug zu geben, daß eine Vereinbarung, es solle nicht eines vollstreckbaren Titels bedürfen, wirksam ist, und zwar auch, wenn bereits vor Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffen. Da in der vertragsmäßigen Bestellung eines Pfands die Abrede der Zulässigkeit außergerichtlichen Verkaufs liegt, so ist kein sachlicher Grund zu erkennen, warum in dem nahe verwandten Fall einer vertraglichen Vereinbarung über ein Zurückbehaltungsrecht eine solche Abrede unzulässig sein sollte. Der Art. 316 ADH., der eine solche Abrede zuließ, ist gestrichen, ohne daß die Denkschrift — die ausführlich erörtert, ob überhaupt das Erfordernis eines vollstreckbaren Titels festzuhalten sei — erkennen ließe, daß von ihm sachlich abgewichen werden sollte. Wenn Vorschriften zwingend sein sollen, so wird dies in der Regel irgendwie hervorgehoben; eine solche Hervorhebung fehlt hier. Der § 1245 BGB. kann nicht zwecks entsprechender Anwendung herangezogen werden, da er nur die Formen der Durchführung des Verkaufs, nicht aber die Voraussetzungen des Verkaufs betrifft, und mit der in § 1229 BGB. verbotenen Abrede hat die hier behandelte keine Ähnlichkeit. Ein Ausschluß des Rechtswegs liegt nicht vor, sondern im wesentlichen nur eine Verkehrung der Parteirollen, da eine Schadensersatzklage und die Hinderung des Verkaufs durch einstweilige Verfügung stets zulässig bliebe. Wollte man die Bestimmung als zwingend ansehen, so könnte sie ohne Schwierigkeit umgangen werden, indem der Eigentümer bzw. Schuldner dem Gläubiger freiwillig einen vollstreckbaren Titel (vgl. z. B. CPO. § 794 Nr. 5) ausstellt. — Läßt man eine Vereinbarung zu, so bleiben dadurch doch etwaige Rechte Dritter am Gegenstand unberührt, soweit nicht auch die Dritten zustimmen.

IV. **Ist der Rückhalter Eigentümer des zurückbehaltenen Gegenstands** (und lautet daher der vollstreckbare Titel gegen den Schuldner als solchen; oben Anm. IIIb 3), **so finden die den „Eigentümer" betreffenden Vorschriften des BGB. auf den Schuldner entsprechende Anwendung (§ 371 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2).** Diese Bestimmung soll zweifelsfrei klarstellen, in welcher Weise in dem hier behandelten Sonderfall die in § 371 Abs. 2 Satz 1 vorgeschriebene Anwendung der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des BGB. zu geschehen hat (D. 214). Dies bezieht sich insbesondere (D. 214) auf die Vorschriften über Androhung des Verkaufs und Benachrichtigung vom vollzogenen Verkauf (BGB. § 1234 Abs. 1, § 1241). Ebenso aber auch auf die Benachrichtigung von der Versteigerung (BGB. § 1237), auf die Mitbietungsbefugnis (BGB. § 1239), auf die Vereinbarung einer abweichenden Art des Pfandverkaufs (BGB. § 1245), auf die Geltung des Erlöses als Befriedigung (BGB. § 1247).

V. **Unrechtmäßigkeit des Verkaufs bei Mangel des vollstreckbaren Titels (§ 371 Abs. 3 Satz 2).** Durch diese Vorschrift soll klargestellt werden, wie in dieser Beziehung die in § 371 Abs. 2 Satz 1 vorgeschriebene Anwendung der Vorschriften über die Pfandbefriedigung sich zu gestalten hat (D. 215). Sie enthält einen Zusatz zu BGB. § 1243 Abs. 1. Da aber die über „Veräußerung des Pfandes" lautenden Vorschriften des BGB. §§ 1243, 1244 entsprechend auch auf andere Formen der Pfandbefriedigung anwendbar sind (BGB. § 1273 Abs. 2 Satz 1), so ist auch § 371 Abs. 3 Satz 2, trotzdem hier nur der Fall des „Verkaufs" erwähnt ist, auch auf den Fall der Einziehung anzuwenden. Über die Folgen unrechtmäßiger Veräußerung und einen gutgläubigen Erwerb des unrechtmäßig Veräußerten bestimmt (nach § 371 Abs. 2 Satz 1) BGB. §§ 1243, 1244; vgl. auch HGB. § 366 Anm. Ib 3.

§ 372.

Eigentumswechsel am zurückbehaltenen Gegenstand.

In Ansehung der Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande gilt zu Gunsten des Gläubigers der Schuldner, sofern er bei dem Besitzerwerbe des Gläubigers der Eigenthümer des Gegenstandes war, auch weiter als Eigenthümer, sofern nicht der Gläubiger weiß, daß der Schuldner nicht mehr Eigenthümer ist.

Erwirbt ein Dritter nach dem Besitzerwerbe des Gläubigers von dem Schuldner das Eigenthum, so muß er ein rechtskräftiges Urtheil, das in einem zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner wegen Gestattung der Befriedigung geführten Rechtsstreit ergangen ist, gegen sich gelten lassen, sofern nicht der Gläubiger bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gewußt hat, daß der Schuldner nicht mehr Eigenthümer war.

ADH. — **Entw. I** § 343. **Entw. II** § 364.

I. **Tragweite des § 372.** Der § 372 enthält Ausnahmen von der aus § 371 Abs. 3 Satz 1 zu entnehmenden Bestimmung, daß — außer wenn der Rückhalter Eigentümer — das Verfahren gegen den jedesmaligen Eigentümer zu richten sei (§ 371 Anm. IIIb 3). Weitere Ausnahmen ergeben sich aus CPO. §§ 325 ff., 727 ff. — Der von der Eigentumsübertragung handelnde § 472 entspricht dem von der Forderungsübertragung handelnden BGB. § 407.

II. **Gemeinsame Voraussetzungen des Abs. 1 und Abs. 2 § 372.**

a. **Eigentumswechsel nach Besitzerwerb des Rückhalters.** Beide Absätze des § 372 behandeln den Fall, daß bei Besitzerwerb (vgl. jedoch unten Anm. III, IV) des Rückhalters an dem zurückbehaltenen Gegenstand der Schuldner Eigentümer dieses Gegenstands war, und daß nach dem Besitzerwerb der Eigentümer wechselt, ohne daß zunächst der Rückhalter dies erfährt. Ein Unterschied besteht in dieser Beziehung nur insofern, als Abs. 2 nur einen vom Schuldner abgeleiteten („von dem Schuldner"), Abs. 1 aber jede Art Erwerb des neuen Eigentümers trifft. Nach dem Wortlaut besteht ein Unterschied allerdings auch insofern, als Abs. 2 ausdrücklich voraussetzt, daß ein Dritter Eigentümer geworden ist, während Abs. 1

an sich auch anwendbar wäre, wenn der Rückhalter selbst Eigentümer geworden wäre; doch ist die Bestimmung des Abs. 1 für letzteren Fall gegenstandslos, weil dann ohnedies nach der Regel des § 371 Abs. 3 Satz 1 das Verfahren auch künftig gegen den Schuldner zu richten wäre.

b. **Nichtwissen des Rückhalters vom Eigentumswechsel.** Beide Absätze treffen nur den Fall des Nichtwissens vom Eigentumswechsel; dem Nichtwissen steht nicht das Wissenmüssen gleich (Staub Anm. 1); das Wissen ist vom Gegner zu beweisen. Weiß der Rückhalter, daß der Schuldner nicht mehr Eigentümer ist, so hat er, solange das Verfahren nicht rechtshängig (§ 372 Abs. 2, CPO. § 325), gegen den nunmehrigen Eigentümer den vollstreckbaren Titel zu erwirken und an ihn die Benachrichtigungen im Befriedigungsverfahren zu richten (§ 371 Anm. III b 3). Es wird daher in der Regel im Interesse desjenigen liegen, der Eigentum an den im Besitz eines anderen als des Veräußerers befindlichen Sachen erwirbt, daß er für Benachrichtigung des Besitzers vom Eigentumswechsel sorgt (vgl. Staub Anm. 3). Erlangt der Rückhalter Kenntnis, so kann er — abgesehen von einem rechtshängigen Verfahren — künftig nicht mehr in Ansehung der Befriedigung Handlungen gegenüber dem Schuldner mit Wirkung gegenüber dem neuen Eigentümer vornehmen.

III. **Insbesondere Abs. 1.** Der Abs. 1 ist zwecks Klarstellung der in § 371 Abs. 2 vorgeschriebenen Anwendung der Vorschriften des BGB. aufgenommen an Stelle des die unmittelbare Anwendung auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nicht gestattenden § 1248 BGB. als eine dem Gedanken des letzteren entsprechende selbständige Bestimmung (D. 215). Sowohl diese Beziehung des § 372 Abs. 1 zu BGB. § 1248, wie ferner die Stellung hinter HGB. § 371, endlich auch die ausdrückliche Beschränkung „in Ansehung der Befriedigung" weisen darauf hin, daß die Vorschrift des § 372 Abs. 1 in der Tat nur für das Befriedigungsverfahren gilt, nicht etwa für das Zurückbehaltungsrecht in vollem Umfang. Aus § 372 Abs. 1 folgt daher nicht etwa, daß ein Nichtwissen des Gläubigers von Eigentumsänderung nach Besitzerwerb genüge, um ein Zurückbehaltungsrecht (und das darin liegende Befriedigungsrecht) an Gegenständen entstehen zu lassen, die zur Zeit der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts nicht mehr dem Schuldner gehörten (§. 369 Anm. IV b 1). Wollte man das Gegenteil annehmen, so wären die Worte „in Ansehung der Befriedigung" nicht nur überflüssig, sondern auch sinnstörend. Bei der hier vertretenen Auslegung sind allerdings andererseits die Worte „bei dem Besitzerwerbe" nicht recht erklärlich; denn wenn nach Vorstehendem dem Gläubiger sein Nichtwissen von einem zwischen Besitzerwerb und Entstehung des Zurückbehaltungsrechts erfolgten Eigentumswechsel trotz § 372 Abs. 1 nichts nutzt, so wäre es folgerichtiger gewesen, statt des Zeitpunkts des Besitzerwerbs den der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts als maßgebend zu bezeichnen.

IV. **Insbesondere Abs. 2.** Aus Abs. 1 folgt, daß wenn der Rückhalter bei Rechtshängigmachung nicht weiß, daß ein Eigentumswechsel eingetreten war, er die Klage gegen den Schuldner rechtshängig machen darf; der Abs. 2 setzt hinzu, daß der Rückhalter das begonnene Verfahren fortsetzen darf, auch wenn er im Lauf desselben (oder später) vom Eigentumswechsel Kenntnis erhält, und daß der so erlangte vollstreckbare Titel auch dem neuen Eigentümer gegenüber wirkt. Der Abs. 2 (ähnlich wie BGB. § 407 Abs. 2) ergänzt mithin den § 325 CPO., der nicht den Fall behandelt, daß der Kläger erst im Lauf des Verfahrens von dem (vor Rechtshängigmachung eingetretenen) Eigentumswechsel an der in Streit befangenen Sache Kenntnis erhält, sondern daß erst im Lauf des Verfahrens der Eigentumswechsel selbst eintritt. — Wegen des im Eingang bezeichneten Zusammenhangs der Bestimmung des Abs. 2 mit derjenigen des Abs. 1, wird trotz des weitergehenden Wortlauts auch der Abs. 2 nur auf den Fall angewendet werden dürfen (oben Anm. III), daß der Eigentumswechsel erst nach Entstehung des Zurückbehaltungsrechts eingetreten ist, da anderenfalls überhaupt kein Zurückbehaltungsrecht entstanden ist (§ 369 Anm. IV b 1).

Zweiter Abschnitt.

Handelskauf.

I. Säumnis (§§ 373—376).

§ 373.

Rechte nach HGB. bei Annahmeverzug.

Ist der Käufer mit der Annahme der Waare im Verzuge, so kann der Verkäufer die Waare auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise hinterlegen.

Er ist ferner befugt, nach vorgängiger Androhung die Waare öffentlich versteigern zu lassen; er kann, wenn die Waare einen Börsen- oder Marktpreis hat, nach vorgängiger Androhung den Verkauf auch aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken. Ist die Waare dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge, so bedarf es der vorgängigen Androhung nicht; dasselbe gilt, wenn die Androhung aus anderen Gründen unthunlich ist.

Der Selbsthülfeverkauf erfolgt für Rechnung des säumigen Käufers.

Der Verkäufer und der Käufer können bei der öffentlichen Versteigerung mitbieten.

Im Falle der öffentlichen Versteigerung hat der Verkäufer den Käufer von der Zeit und dem Orte der Versteigerung vorher zu benachrichtigen; von dem vollzogenen Verkaufe hat er bei jeder Art des Verkaufs dem Käufer unverzüglich Nachricht zu geben. Im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Die Benachrichtigungen dürfen unterbleiben, wenn sie unthunlich sind.

ADH. Art. 343 Abs. 2, 3. **Entw. I** § 344. **Entw. II** § 365.

A. Handelskauf.

I. **Begriff.** Handelskauf ist jeder Kauf von Waren oder Wertpapieren, der Handelsgeschäft ist. Über kaufähnliche Verträge vgl. unten Anm. III.

a. **Kauf.** Die Begriffsbestimmung des Kaufs ist aus BGB. § 433 abzuleiten; dort ist nicht unterschieden, ob der Verkäufer bei Verkauf bereits eine Verfügungsgewalt über die verkaufte Sache besitzt oder nicht. Die Eigenschaft des Vertrags als eines Kaufs wird daher nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Verkäufer die verkaufte Sache erst zu beschaffen beabsichtigt (Planck[3] Buch I Abschn. VII Tit. 1 Vorbem. 3; vgl. Art. 338 ADH.). Über den Unterschied zwischen Pachtung zwecks eigener Entnahme und Kauf des zu entnehmenden Gegenstands mit dem Recht eigener Entnahme vgl. § 1 Anm. IXa 2, RGSt. 27 264. — Über kaufähnliche Verträge vgl. unten Anm. III. — Für die Frage, ob bei Lückenhaftigkeit der Abreden ein Vertrag als zustande gekommen anzusehen ist, vgl. BGB. §§ 154, 155, 315—319, RG. 41 331.

b. **Waren oder Wertpapiere** sind die einzig möglichen Gegenstände eines Handelskaufs (D. 215). Dies folgt daraus, daß in jedem einzelnen der §§ 373, 376—380 die betreffenden Vorschriften als nur auf Waren anwendbar gekennzeichnet sind, daß §§ 375, 381 Abs. 2 nur — was dem gleichsteht (§ 1 Anm. IXd 2) — bewegliche Sachen als Gegenstand der von ihnen behandelten Arten des Handelskaufs nennen, und daß § 381 Abs. 1 die in diesem Abschnitt für den Kauf von Waren getroffenen Vorschriften als auch für den Kauf von Wertpapieren geltend erklärt, hiermit aber stillschweigend eine weitergehende Anwendbarkeit ausschließt (§ 381 Anm. I). Die §§ 374, 382 enthalten nur Vorbehalte, wonach gewisse Bestimmungen des BGB. unberührt bleiben. Ist hiernach der Handelskauf auf die Fälle beschränkt, in denen der Verkäufer Waren oder Wertpapiere zu leisten hat, so wird entsprechend auch eine Beschränkung dahin als gewollt anzunehmen sein, daß ein Handelskauf nur vorliegt, wenn die bedungene Leistung des Käufers entweder in Geld allein oder neben Geld (vgl. Planck[3] § 433 Anm. 4) nur in Waren oder Wertpapieren besteht. — Waren vgl. § 1 Anm. IXd. Wertpapiere vgl. § 1 Anm. IXe, § 179 Anm. IVb. Der Viehkauf kann Handelskauf sein (dagegen Rudorff Vorbem. zu §§ 373—382); nur gelten bei ihm gewisse Besonderheiten (§ 382). — Während nach Vorstehendem die Vorschriften des HGB. nicht ausdehnend auf Verträge über Veräußerung anderer Gegenstände als Waren oder Wertpapiere anwendbar sind, ist eine ausdehnende Anwendung der Vorschriften des BGB. über den Kauf auf Verträge über Veräußerung von anderen Gütern als körperlichen Gegenständen und Rechten geboten, soweit das einzelne Gut eine solche Anwendung gestattet (RG. 13 III 06 JW. 306[11]). Anwendbar sind hiernach bei Kauf eines Handelsgeschäfts mit Kundschaft die allgemeinen Vorschriften des BGB. über den Kauf und über Gewährleistung für Zusicherungen (RG. 13 III 06 JW. 306[11]).

c. **Handelsgeschäft.** Vgl. §§ 343—345. Daß unter Handelskauf nur derjenige Kauf verstanden ist, der ein Handelsgeschäft ist, soll aus dem Verhältnis der Überschrift des zweiten Abschnitts („Handelskauf") zur Überschrift des ganzen dritten Buchs („Handelsgeschäfte") entnommen werden. Zwingend ist an sich diese Folgerung nicht, denn auch der erste Abschnitt enthält Vorschriften, die über den Kreis der Handelsgeschäfte hinausgreifen (§ 345 Anm. III); dennoch ist sie zu grund zu legen, da dem Gesetzgeber dieser Begriff des Handelskaufs vorschwebte. Ein Handelskauf liegt daher nur vor, wenn mindestens einer der Vertragschließenden Kaufmann ist und der Kauf zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört (D. 215; näheres § 343 Anm. IIb, c). Welcher von beiden Vertragschließenden Kaufmann ist, kommt nicht in Betracht (Staub Exk. vor § 373 Anm. 3).

II. **Das Bürgerliche Gesetzbuch als Grundlage.** Die Vorschriften des BGB. sind anwendbar auch auf den Handelskauf, insoweit nicht das HGB. Buch III Abschnitt 1 und 2 ein Anderes bestimmen. Und zwar nicht nur die besonderen Vorschriften über den Kauf (BGB. §§ 433—514; sondern auch die allgemeinen Bestimmungen, von welchen letzteren diejenigen über gegenseitige Verträge (BGB. §§ 320—327) besonders weit eingreifen. Demgegenüber enthält das HGB. für den Handelskauf Abweichungen und Ergänzungen nur in vereinzelten Beziehungen. In HGB. §§ 374, 382 ist zur Vermeidung von Zweifeln bezüglich einzelner Bestimmungen des BGB. noch ausdrücklich hervorgehoben, daß sie unberührt bleiben.

III. **Kaufähnliche Verträge.**

a. **Tausch.** „Auf den Tausch finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung" (BGB. § 515). Gemeint sind in BGB. § 515 nur die Vorschriften des BGB. Aber auch die Vorschriften des HGB. über den Handelskauf sind für entsprechend anwendbar zu erachten, wenn bei dem Tausch diejenigen Merkmale vorliegen, die den Handelskauf von anderen Käufen unterscheiden (oben Anm. Ib, c): der Tausch muß mindestens auf einer Seite Handelsgeschäft sein, und er muß Waren oder Wertpapiere betreffen; letzteres auf Seite beider Tauschenden (Staub S. 1244 Note 2, Lehmann 2 97 Fußnote 1; vgl. oben Anm. Ib). Auch Verbindungen von Tausch und Kauf können vorkommen. Reiner Tausch liegt vor nur, wenn die unmittelbare Leistung eines jeden Vertragschließenden in der Verschaffung eines bestimmten Gegenstands besteht (RG. 50 287). Dagegen wurde kein Tausch, sondern es wurden zwei in ihrem Bestand voneinander abhängige Käufe in einer Abrede gefunden, inhalts deren jeder Vertragschließende vom anderen eine Sache erhalten sollte unter Übernahme der auf dieser Sache lastenden Schulden und unter Herauszahlung des Unterschieds zwischen dem angenommenen Tauschwert und der Schuldenbelastung (RG. 50 287).

b. **Verträge, die, ohne Kauf zu sein, auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstands gegen Entgelt gerichtet sind.** Auf diese finden BGB. §§ 433—444 entsprechende Anwendung (BGB. § 445). Die §§ 373 ff. HGB., insoweit sie die §§ 433—444 BGB. ändern oder ergänzen, sind für gleichfalls entsprechend anwendbar zu erachten auf diejenigen derartigen Verträge über Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, welche Handelsgeschäfte sind und bei denen auch der Entgelt in Geld oder in Geld und Waren oder Wertpapieren besteht (oben Anm. Ib, c). Ein solcher Vertrag ist z. B. ein Vergleich, inhalts dessen entgeltliche Veräußerung einer Sache vereinbart wird (RG. 54 167). — Über Kauf von Gütern, die weder Sache noch Recht sind, vgl. oben Anm. Ib.

c. **Werkvertrag unter Stoffbeschaffung durch den Unternehmer.** Vgl. § 381 Anm. II.

d. **Andere Fälle von Werkvertrag.** Hierüber bemerkt D. 228: „Liegt ein eigentlicher Werkvertrag vor, sei es, daß aus dem eigenen Stoffe des Bestellers eine Sache herzustellen, sei es, daß eine Sache des Bestellers zu verändern oder auszubessern ist, so kann es bei den Vorschriften des BGB. bewenden. Auch auf diesen Fall einzelne Rechtssätze vom Handelskauf für anwendbar zu erklären, ist nicht angezeigt; es genügt, daß etwaige Handelsgebräuche zu berücksichtigen sind, und daß außerdem das Verhalten der Beteiligten, namentlich ein längeres Stillschweigen des Bestellers bei Mängeln des Werks, mit Rücksicht auf Treu und Glauben im Handelsverkehr zu würdigen ist. Auf dieser Grundlage ist die Rechtsprechung schon bisher zu befriedigenden Ergebnissen gelangt." Als Handelsgebrauch ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß auch bei Werkverträgen über Sachherstellung der Besteller zu alsbaldiger Untersuchung verpflichtet ist (vgl. § 377 Anm. I, IIb, IVb 2). In dem Unterlassen der Untersuchung und der Versäumung rechtzeitiger Anzeige, ebenso im Weiterveräußern kann daher unter Umständen eine Genehmigung gefunden werden (RG. 25 91, RG. 6 XII 00 JW. 01 39[16]). Über die Verjährung der Ansprüche auf Wandlung, Minderung oder Schadensersatz bestimmt BGB. § 638.

B. Annahmeverzug des Käufers.

IV. **Annahmeverzug ist Verzug bei Rechtsausübung.** Wenn §§ 373, 374 den Verzug des Käufers bei „Annahme" behandeln, so betreffen sie (für § 375 vgl. § 375 Anm. If)

nur den Verzug des Käufers bei Ausübung seiner Rechte, nicht auch den Verzug des Käufers bei Erfüllung seiner Pflichten, also weder den Abnahmeverzug (über Abnahme unten Anm. V a) noch den Zahlungsverzug. Die aus dem Annahmeverzug sich ergebenden Rechte des Verkäufers bestehen daher auch, wenn der Käufer sich gleichzeitig im Leistungsverzug befindet, daher z. B. auch, nachdem der Verkäufer Klage auf Zahlung des Kaufpreises erhoben hat (ROH. 23 190) und selbst nachdem der Käufer den Kaufpreis gezahlt hat (RG. 8 23). — Liegt im Einzelfall außer dem Annahmeverzug gleichzeitig auch Abnahmeverzug oder Zahlungsverzug vor, so hat der Verkäufer gegen den Käufer außer den in §§ 373—375 erwähnten Rechten aus Gläubigerverzug auch die ihm nach BGB. zustehenden Rechte aus Schuldnerverzug (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IX f). Annahmeverzug des Käufers kann ohne Zahlungsverzug vorkommen, z. B. wenn der Käufer den Kaufpreis im voraus gezahlt hatte. Ist Zug um Zug zu leisten, und bietet der Verkäufer seine Leistung an, so liegt in dem Nichtanbieten der verlangten Gegenleistung des Käufers nicht nur Schuldner- (Zahlungs-), sondern auch Gläubigerverzug des Käufers (BGB. § 298, vgl. Vorbem. zu HGB. §§ 375, 376 Anm. I f). — Für viele Fälle wird das Verhältnis zwischen Annahme- und Abnahmeverzug zutreffend veranschaulicht durch die Äußerung Staubs § 375 Anm. 2: „Abnahmeverzug ist schuldhafter Annahmeverzug"; doch deckt dies nicht alle Fälle: einerseits kann Abnahmeverzug vorkommen, selbst nachdem angenommen ist (unten Anm. V a; dagegen RG. 57 109), und nach herrschender Meinung (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I c) bei ernstlicher Abnahmeweigerung auch ohne das (für den Annahmeverzug mindestens wörtlich erforderliche, unten Anm. VI b 1) Angebot; andererseits kann schuldhafter Annahmeverzug vorliegen ohne Abnahmeverzug (z. B. falls der Käufer bereit ist, die Ware abzunehmen, aber den Zug um Zug zu leistenden und verlangten Kaufpreis nicht anbietet, BGB. § 298). Auch ist zu beachten, daß „Abnahme" eine körperliche Fortnahme, „Annahme" aber unter Umständen nur eine Erklärung ist (unten Anm. V a, Düringer-Hachenburg Anm. II 2 a).

V. **Annahme.**

a. **Unterscheidung von „Abnahme".** Der Käufer hat (BGB. § 433) ein Recht auf Übergabe der Ware (= Verschaffung des unmitelbaren Besitzes, Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. V c), und Eigentumsverschaffung, andererseits aber auch die Pflicht zur Abnahme (d. h. zur körperlichen Hinwegnahme; Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IX b 3). Unter „Annahme" ist die Ausübung des Rechts des Käufers auf Übergabe und Eigentumsverschaffung verstanden, also das Dulden der Besitzverschaffung und die Mitwirkung bei Einigung über Eigentumsübergang. „Annahme" und „Abnahme" fallen daher unter Umständen auseinander (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. II 2 a; dagegen Staub § 375 Anm. 2); eine Annahme ohne Abnahme liegt z. B. vor, wenn trotz Besitz- und Eigentumsübertragung die Ware auf dem Grundstück des Verkäufers lagern bleibt; Abnahme ohne Annahme liegt z. B. vor, wenn der Käufer die Ware unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, daß er das Eigentum an ihr nicht erwerben wolle, auf Verlangen des Verkäufers vorläufig fortschafft und bei sich oder einem Dritten für Rechnung, wen es angeht, lagert.

b. **Die Annahme enthält zwei Bestandteile.**

Eine Annahme ist nur erfolgt, wenn der Käufer die beiden ihm zustehenden Rechte ausgeübt hat, sowohl das Recht auf Besitzbeschaffung wie auch das Recht auf Eigentumsbeschaffung (abw. Düringer-Hachenburg Anm. II 2 a, die unter „Annahme" nur „Annahme als Erfüllung", also in den regelmäßigen Fällen nur Annahme der Eigentumsübertragung, verstehen). Ein Verzug in der Annahme liegt daher vor, wenn der Käufer mit der Ausübung auch nur eines dieser Rechte in Verzug ist.

Hieraus ergeben sich drei mögliche Fälle von Annahmeverzug:

1. Eigentum wird übertragen, der Käufer gerät aber in Verzug bei Annahme der Besitzübertragung. Dieser Fall kann zwar vorkommen (z. B. bei Verkauf einer nicht im Besitz des Verkäufers befindlichen Sache; vgl. BGB. § 931; für früheres Recht vgl. ROH. 9 81), wird aber selten sein. Nicht hierher gehört der Fall, daß der Käufer sowohl Übertragung des (mittelbaren) Besitzes wie auch Eigentumsübertragung angenommen hat, dem Verkäufer aber auf Grund besonderer Abrede Fremdbesitz ein-

räumt (BGB. § 930, RG. **33** 25) und *demnächst* seiner aus dem verabredeten neuen Rechtsverhältnis etwa sich ergebenden Abnahmepflicht nicht nachkommt (Staub Anm. 2). Ist das neue Rechtsverhältnis unentgeltliche Verwahrung, so haftet der Verwahrer für die Zukunft nur für Sorgfalt wie in Eigenem (BGB. § 690, P. 624, D. 215).

2. *Der umgekehrte Fall, daß Besitzübertragung erfolgt, der Käufer aber die ihm angebotene Eigentumsübertragung ablehnt,* ist der *gewöhnliche* Fall des Annahmeverzugs.

Er liegt sowohl dann vor, wenn der Käufer von *vornherein* bei Entgegennahme der Besitzübertragung erklärt, nur als Fremdbesitzer für den Verkäufer (falls für den *Frachtführer*, vgl. unten zu 3) besitzen zu wollen, d. h. zwar zuzulassen, daß die Ware vorläufig bei ihm lagert, aber ihre Annahme als Vertragserfüllung abzulehnen (vgl. Bolze 5 Nr. 652), wie auch dann, wenn die Ware dem Käufer übergeben ist, ohne daß dieser den Eigentumserwerbswillen erklärt oder ablehnt, und er erst *demnächst* auf Grund der im Anschluß an die Ablieferung vorgenommenen Untersuchung sich über den Eigentumserwerb entscheidet, und zwar in verneinendem Sinn. Der letztere Fall *kann* vorliegen, wenn die Ware „*zur Verfügung gestellt*“ wird; doch ist dieser Ausdruck mehrdeutig (§ 346 Anm. IIIb: „zur Verfügung stellen“).

Unerheblich für die Frage des Annahmeverzugs ist, ob der Käufer die Ware, deren Annahme zu Eigentum er ablehnt, bei sich lagern läßt (Staub Anm. 5) oder sich auch des Besitzes wieder entäußert und sie entweder bei einem Dritten für Rechnung des Verkäufers einlagert (Staub Anm. 4) oder sie dem Verkäufer wieder aushändigt (RG. **48** 138, RG. 8 VII 02 JW. 425[22]); in allen diesen Fällen war *Eigentum* mangels einer *hierauf* gerichteten Willenseinigung noch nicht übergegangen, vielmehr lag nur ein Angebot des Verkäufers auf Eigentumsübertragung vor (vgl. ROH. **9** 79).

In der Entgegennahme der *Besitz*übertragung *allein* liegt noch nicht die Erklärung des auf Annahme der *Eigentums*übertragung gerichteten Willens, während andererseits der *letztere* Wille nicht nur ausdrücklich, z. B. durch Genehmigung der gelieferten Ware, sondern auch stillschweigend, z. B. durch eigentumsmäßige Verfügung über die Ware, erklärt werden kann; dies sowohl bei Gattungskauf (RG. 27 XI 03 JW. **04** 62[21], Dernburg[3] **3** § 99 Anm. 11, Staub Erl. zu § 382 Anm. 55 ff., § 366 Anm. 7, vgl. auch D. 211; ebenso früher RG. 12 81 für gemeines Recht; *dagegen* RG. **34** 66 für badisch-französisches Recht), wie auch bei Sonderkauf (Dernburg[3] aaO., Staub Erl. zu § 382 Anm. 57; *dagegen* RG. 12 81). Hat der Käufer die Annahme der Eigentumsübertragung abgelehnt, so kann der Verkäufer sein Angebot der Eigentumsübertragung zurücknehmen; besteht dagegen der Verkäufer auf seinem Angebot, so kann der Käufer noch nachträglich die Eigentumsübertragung annehmen (RG. **18** 162, vgl. unten Anm. VIb 1 β). Da durch Entgegennahme der *Besitz*übertragung noch nicht Annahme der Eigentumsübertragung erklärt wird, so auch an sich nicht durch Entgegennahme eines über die Ware lautenden Verfügungspapiers (RG. **5** 80, **12** 83, Bolze **16** Nr. 38). — Entsprechend liegt auch darin, daß der Verkäufer die Rückübertragung des Besitzes an der vom Käufer beanstandeten Ware entgegennimmt, an sich nichts, was den Annahmeverzug des Käufers beseitigte; anders nur, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß der Verkäufer durch die Entgegennahme der Rückübertragung auf die Rechte aus dem Annahmeverzug des Käufers verzichten wollte (RG. **48** 138).

Die für das frühere Recht unter Bezug auf den Begriff der „*Empfangnahme*“ ergangenen Entscheidungen kommen zum Teil zu anderen Schlußfolgerungen, da unter jenem in Art. 343 ADH. gebrauchten Wort nur die tatsächliche Wegnahme der Ware (P. 5077, vgl. 621—624, 1373), nicht deren Annahme als *Erfüllung* (RG. **43** 46) gemeint war. Aus demselben Grund sind aber jene Entscheidungen nicht für das neue Recht verwertbar, da der § 373 seine Bestimmungen nicht an jenen Begriff der „Empfangnahme“, vielmehr an den hiervon *verschiedenenen* Begriff der „Annahme“ knüpft.

Über die Beziehung des im Vorstehenden verwendeten Begriffs „Annahme der Eigen-

tumsübertragung" zu dem in BGB. § 363 vorkommenden Begriff „Annahme" als Erfüllung" vgl. Anhang zu § 377 Anm. XIIb 4.

3. Lehnt der Käufer die Annahme sowohl der Besitzübertragung wie auch der Eigentumsübertragung ab, trotzdem sie ihm in gehöriger Weise angeboten werden, so liegt gleichfalls Annahmeverzug vor. Über die Frage, ob in solchem Fall „Ablieferung" nichtsdestoweniger als erfolgt anzusehen ist, vgl. § 377 Anm. IIIa 2. In dem hier entscheidenden Verhältnis zum Verkäufer ist Annahme der Besitzübertragung (und der Eigentumsübertragung) auch dann abgelehnt, falls der Käufer die ihm durch Vermittlung eines Frachtführers übersandte Ware zwar von letzterem entgegennimmt, aber mit der Erklärung, nur Fremdbesitz für den Frachtführer ausüben zu wollen (§ 436 Anm. Ia); über den Fall, daß der Verkäufer die Ware vom Frachtführer entgegennimmt mit der Erklärung, nur Fremdbesitz für den Verkäufer ausüben zu wollen, vgl. oben zu 2.

IV. **Verzug.** Maßgebend für die Frage, wann Verzug der Annahme vorliegt, sind BGB. §§ 293—299, welche lauten:

§ 293. „Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt."

§ 294. „Die Leistung muß dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden."

§ 295. „Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebote der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen."

§ 296. „Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das Gleiche gilt, wenn der Handlung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt."

§ 297. „Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Fall des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außer stande ist, die Leistung zu bewirken."

§ 298. „Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet."

§ 299. „Ist die Leistungszeit nicht bestimmt oder ist der Schuldner berechtigt, vor der bestimmten Zeit zu leisten, so kommt der Gläubiger nicht dadurch in Verzug, daß er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist, es sei denn, daß der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat."

Hiernach sind Voraussetzungen für das Vorliegen eines Annahmeverzugs des Käufers:

a. Das Nichtannehmen der Leistung des Verkäufers seitens des Käufers (oder der dem Nichtannehmen gleichzustellende Fall des BGB. § 298).
b. Das Anbieten der Leistung durch den Verkäufer (mit der Ausnahme in BGB. § 296).
c. Das Imstandesein zur Leistung auf seiten des Verkäufers.

a. **Nichtannehmen** der Leistung.

1. Die Tatsache des Nichtannehmens ist allein erheblich. Über die Frage, welchen Inhalt die Annahmehandlungen haben müssen, vgl. oben Anm. IV.

Unerheblich ist, ob das Nichtannehmen verschuldet ist. Auch das unverschuldete Nichtannehmen bewirkt Annahmeverzug.

Unerheblich ist ferner, ob das Nichtannehmen in Nichtstun oder in Handeln, insbesondere in ausdrücklicher Weigerung besteht. Ob eine Weigerung erfolgt war, ist nicht für die Frage, ob Nichtannehmen vorliegt, erheblich, kommt vielmehr nur in Betracht für die Frage, in welcher Weise der Schuldner anbieten muß (BGB. § 295).

Unerheblich ist auch der Grund des Nichtannehmens (Staub Anm. 7). Der Käufer kommt in Verzug auch, wenn er irrig annahm, ein Kaufvertrag sei nicht zustande gekommen (Bolze 18 Nr. 459), oder wenn er gleichzeitig mit dem Nichtannehmen spätere Annahme in Aussicht stellt (vgl. RG. 8 23).

Unerheblich ist endlich, ob zur Zeit des Anbietens die Leistung bereits fällig war, außer wenn bedungen war, daß nicht vor Fälligkeit geliefert werden dürfe. Denn im Zweifel ist der Verkäufer berechtigt, vor Fälligkeit zu liefern (BGB. § 271 Abs. 2). Über die Ausnahme bei vorübergehender Annahmeverhinderung vgl. unten zu 5.

2. Annahmebereitschaft ohne Anbieten der verlangten und schuldigen Gegenleistung steht der Nichtannahme gleich (BGB. § 298). Denn der Käufer, der nur so annehmen will, nimmt nicht in der bedungenen Weise an. So z. B., wenn bedungen ist, daß der Käufer den Kaufpreis oder eine Sicherheit Zug um Zug gegen Empfang der Ware oder vor Empfang der Ware zu leisten hat. Ebenso, wenn er ablehnt, bei Empfang der Ware das verlangte Empfangsbekenntnis auszustellen (BGB. § 368, Planck[3] § 298 Anm. 1).
3. Unterlassen der erforderlichen Mitwirkungshandlung des Käufers steht ebenfalls der Nichtannahme gleich (vgl. BGB. §§ 295, 296). Denn auch in diesem Fall nimmt der Käufer nicht so an, wie es im Vertrag vorausgesetzt oder ausdrücklich bedungen war. So, wenn Käufer abzuholen hatte, dies aber unterläßt (BGB. § 295), wenn Lieferung an Bord bedungen war, Käufer aber das Schiff nicht stellt (ROH. 18 333), wenn Käufer die ihm vorbehaltene Anweisung zur Absendung nicht erteilt (Bolze 2 Nr. 1011), wenn auf Abruf verkauft ist, der Käufer aber nicht abruft (RG. 16 II 04 JW. 168[8]), wenn in den Säcken oder Ballons des Käufers geliefert werden soll, dieser aber die Säcke bezw. Ballons nicht sendet (ROH. 21 74, Bolze 2 Nr. 1016), wenn Käufer Samen kauft, den der Verkäufer aus vom Käufer zu liefernden Stecklingen ziehen soll, die Stecklinge aber nicht sendet (vgl. RG. 19 198), wenn Mitwirken des Käufers bei Ausscheiden aus einer Gattung bedungen, dieser aber nicht mitwirkt (ROH. 24 32), wenn Zumessen oder Zuwägen verkehrsüblich, der Käufer aber sich nicht hierzu einstellt, wenn der Käufer nicht die Abrechnung übersendet, von welcher die Höhe der vom Verkäufer zu leistenden Menge abhängt. Ob hierher auch der Fall gehört, daß der Käufer die ihm vorbehaltene Bestimmung über Form, Maß usw. nicht trifft, vgl. HGB. § 375 Anm. I.
4. Nichtannehmen eines Verfügungspapiers. Ist bedungen, daß über die Ware ein Verfügungspapier auszustellen und früher als die Ware dem Käufer zu übergeben ist, so gerät der Käufer schon durch Nichtannehmen des Verfügungspapiers in Annahmeverzug, da die Übergabe des Papiers sofortige Übertragung des mittelbaren Besitzes zu bewirken geeignet ist, mithin in dem Nichtannehmen des Verfügungspapiers eine Ablehnung der angebotenen und nach der Parteiabrede zunächst allein zu bewirkenden Übertragung des mittelbaren Besitzes liegt. Der Käufer vermeidet den Annahmeverzug auch nicht etwa dadurch, daß er spätere Annahme der Ware in Aussicht stellt (oben zu 1), z. B. eine Annahme nach deren Eintreffen am Bestimmungsort. Doch kann eine solche Äußerung unter Umständen geeignet sein, zu bewirken, daß der Annahmeverzug von jenem späteren Zeitpunkt an wieder aufhört (unten Anm. VIII).
5. Vorübergehende Annahmeverhinderung des Käufers bei ungewisser Leistungszeit gilt nicht als Nichtannehmen (BGB. § 299). Der Beweis, daß eine solche Verhinderung vorlag, liegt dem Käufer ob (Planck[3] § 299).

b. **Anbieten** der Leistung des Verkäufers.

1. Tätlich oder wörtlich? Das tätliche Anbieten genügt, gleichgültig, wer anbietet, ob der Verkäufer oder ein Dritter, das wörtliche — soweit es überhaupt zugelassen — nur, wenn es seitens des Verkäufers erfolgt (Planck[3] § 295 Anm. 5).
   - α. Regel ist, daß das Anbieten tätlich erfolgen muß (BGB. § 294). Zwei Ausnahmen sind zugelassen:
   - β. Erste Ausnahme: Erklärt im voraus der Käufer dem Verkäufer, daß er die Leistung nicht annehmen werde, so genügt wörtliches Angebot

(BGB. § 295). Eine Annahmeweigerung liegt auch in einer Mitteilung des Käufers, daß er vom Vertrag zurücktrete (ROH. 16 423, RG. 50 256). Doch darf der Käufer, solange der Verkäufer seinerseits auf Erfüllung besteht, seine Annahmeweigerung zurücknehmen (RG. 1 310), auch wenn sie in Form einer Rücktrittserklärung erfolgt war (ROH. 12 284). Geschieht die Rücknahme noch vor dem Zeitpunkt, zu welchem der Verkäufer anzubieten hatte, so muß er nunmehr tätlich anbieten, um den Käufer in Verzug zu setzen. — Ein genügendes wörtliches Anbieten kann in Übersendung der Rechnung liegen (ROH. 15 55). Unter Umständen sogar ein genügendes tätliches Anbieten in Übersendung der Rechnung mit hinzukommender Mitteilung über bevorstehende Absendung der Ware (vgl. RG. 50 210). — Nachdem Annahmeweigerung erklärt ist, muß ein Angebot des Verkäufers hinzukommen; vorher beginnt nicht der Annahmeverzug (vgl. ROH. 12 284). Das wörtliche Anbieten wird nicht dadurch überflüssig, daß schon vorher Annahmeweigerung ausdrücklich erklärt ist (ROH. 12 284, RG. 50 210; dagegen anscheinend RG. 57 112). Der Käufer kommt daher nicht in Annahmeverzug, wenn zuerst der Verkäufer Rechnung (ohne Ware bezw. ohne Mitteilung über deren bevorstehende Absendung) sendet, Käufer hierauf die Annahme der Ware ablehnt, und Verkäufer nun weder erneut wörtlich noch tätlich anbietet (RG. 50 210). — Ob der Abnahmeverzug auch ohne wörtliches Anbieten eintreten kann, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anmt I c.

γ. Zweite Ausnahme: Ist zur Bewirkung der Leistung des Verkäufers eine Handlung des Gläubigers erforderlich (oben zu a 3), so ist tätliches Anbieten jedenfalls nicht erforderlich. Erforderlich ist in der Regel wörtliches Anbieten oder die diesem gleichstehende Aufforderung an den Käufer zur Vornahme der erforderlichen Handlung (BGB. § 295). So z. B. die Aufforderung zur Übersendung der für die Einfüllung der Ware erforderlichen Fässer (RG. 1 54). Gar kein Anbieten ist erforderlich in den Fällen des BGB. § 296 (unten zu 3).

2. So, wie die Leistung zu bewirken ist, muß sie angeboten werden (BGB. § 294). Dies ist zur größeren Deutlichkeit in BGB. § 294 ausdrücklich hervorgehoben, obwohl es schon daraus folgt, daß eben die Leistung, also die geschuldete Leistung angeboten werden muß. Wenn BGB. § 294 dies nur bezüglich des tätlichen Angebots hervorhebt, so ist es doch auch bezüglich des wörtlichen in gleicher Weise zutreffend; nur wird in letzterem Fall seltener Streit hierüber entstehen. Anzubieten ist insbesondere der zu leistende Gegenstand in vertragsmäßiger Beschaffenheit (RG. 1 54, RG. 4 V 92 GruchotsBeitr. 36 1174) am maßgebenden Leistungsort (RG. 4 II 02 JW. Beil. 198) und zur maßgebenden Leistungszeit (Bolze 14 Nr. 426). Hatte Verkäufer die Fässer zu stellen, so genügt nicht Anbieten mit der an den Käufer gerichteten Aufforderung, er solle Fässer zur Einfüllung senden (Bolze 6 Nr. 556). Hat der Verkäufer das Verkaufte dem Käufer zu übermitteln, so hat er bei diesem anzubieten. Was gleichzeitig zu leisten, ist in voller Menge gleichzeitig anzubieten; wird die Leistung vertragswidrig geteilt, so braucht der Käufer die Teilleistung nicht anzunehmen (BGB. § 266). So auch, wenn zwar mehrere Sorten zu besonderen Preisen, aber doch als untrennbares Ganzes gekauft sind (RG. 4 8). Entsprechend, wenn zwar zwei verschiedene Käufe geschlossen sind, der Käufer aber nach dem Willen der Vertragschließenden sich nicht die Erfüllung des einen ohne gleichzeitige Erfüllung des anderen sollte gefallen zu lassen brauchen (ROH. 16 314). Auch wenn umgekehrt eine zu große Menge angeboten wird ohne gleichzeitiges Anheimstellen nur teilweiser Annahme, braucht der Käufer nichts anzunehmen (RG. 4 9). Bei einem nach Verkehrsanschauung unerheblichen Größenunterschied eines Grundstücks wurde (entsprechend dem BGB. § 468) Annahmeweigerung für unzulässig erklärt (RG. 22 XI 02 JW. Beil. 03 15 [10]). — Ist der Verkäufer berechtigt, in Teilleistungen zu liefern, so wird in der Regel das bloße Nichtannehmen eines Teils nur Annahmeverzug bezüglich dieses Teils bewirken; doch kann (D. 216) — z. B. bei Weigerung der Annahme einer tätlich angebotenen Teilleistung unter einer die ganze Lieferung treffenden Begründung — unter Umständen bei hinzukommendem wörtlichen Anbieten des Restes (oben zu β) sofort Annahmeverzug bezüglich aller Liefe-

rungen entstehen. Sind mehrere Gegenstände, aber nicht als untrennbare Einheit, verkauft, werden sie angeboten, und zwar einer in vertragsmäßiger, der andere in nicht vertragsmäßiger Beschaffenheit, und werden beide nicht angenommen, so entsteht Annahmeverzug bezüglich des vertragsmäßigen Gegenstands (Bolze 12 Nr. 456). Wird dagegen bestellte und unbestellte Ware so vermischt angeboten, daß die Aussonderung der ersteren nur mit besonderen Schwierigkeiten möglich ist, so liegt kein genügendes Anbieten vor (RG. 23 128).

3. Kein Anbieten ist notwendig, wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, die dieser zu einer kalendermäßig bestimmten Zeit (oder zu einer kalendermäßig bestimmten Zeit nach Kündigung) vorzunehmen hat, und wenn er die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt (BGB. § 296).

c. **Imstandesein zur Leistung** auf seiten des Verkäufers (BGB. § 297). Der Verkäufer braucht das Vorliegen dieses Merkmals weder zu behaupten noch zu beweisen; vielmehr ist nur dem Käufer das Recht eingeräumt, auf das Nichtimstandesein des Verkäufers eine Einrede zu gründen, und der Käufer hat dies Nichtimstandesein zu beweisen (RG. 50 261; nach früherem Recht ROH. 15 55).

1. Imstandesein.

Marktgängige Ware. Bei einem über marktgängige Ware abgeschlossenen Kauf ist — außer wenn zur maßgebenden Zeit ausnahmsweise die Ware nicht am Markt beschaffbar ist — der Verkäufer im stande zur Lieferung, auch wenn er die Ware nicht besitzt und noch keinen Deckungskauf geschlossen und keine bestimmte Bezugsquelle in Aussicht genommen hat (RG. 50 260; vgl. D. 217; dagegen die ältere, nachstehend bei nicht marktgängiger Ware angeführte Rechtsprechung, die für marktgängige Ware die gleichen Erfordernisse wie für nicht marktgängige aufstellte, ohne zwischen beiden Fällen zu unterscheiden).

Nicht marktgängige Ware. Ist die verkaufte Ware nicht marktgängig, so ist zwar gleichfalls nicht notwendig, daß der Verkäufer die Ware in eigenem Gewahrsam hat; doch muß er in der Lage sein, sie rechtzeitig aus dem Gewahrsam des ihm verpflichteten Dritten dem Käufer zu verschaffen, (RG. 11 114, 29 66, 33 96, 34 99, Bolze 15 Nr. 356, RG. 4 V 92 GruchotsBeitr. 36 1172). Unerheblich ist auch, ob der Verkäufer Eigentümer der in seinem Gewahrsam befindlichen Ware ist, falls Käufer nach den Grundsätzen über Erwerb vom Nichtberechtigten (BGB. §§ 932 ff., HGB. §§ 366 f). in der Lage gewesen wäre, Eigentum an der Ware zu erwerben (ROH. 16 282). Der Verkäufer ist dagegen nicht imstande zur Leistung, wenn nicht einmal der Dritte vertragsmäßig zur Lieferung verpflichtet ist (RG. 11 113) oder wenn auch nicht einmal bei dem Dritten, von dem der Verkäufer seinerseits die Ware zu fordern hatte, diese vorhanden ist (Staub Anm. 12), oder wenn der Verkäufer überhaupt noch nicht eine bestimmte Bezugsquelle in Aussicht genommen hatte (RG. 4 V 92 GruchotsBeitr. 36 1172). Weitergehend ist angenommen worden, daß Lieferungsbereitschaft des Verkäufers auch dann nicht vorliege, wenn der Dritte zwar vertraglich verpflichtet und imstande ist, dem Verkäufer auf Abruf zu liefern, der Verkäufer aber noch nicht abgerufen hat (RG. 33 97); doch ist dem nicht beizutreten (ebenso Lehmann Nr. 7). — Kein Imstandesein zur Lieferung ist vorhanden, wenn der Dritte, bei dem der Verkäufer seinerseits gekauft hatte, nur gegen Barzahlung dem Verkäufer zu liefern verpflichtet, letzterer aber außer stande war, das für die Barzahlung erforderliche Geld zu beschaffen (Bolze 14 Nr. 449 c).

Auszuscheidende Ware. Das Imstandesein zur Leistung hängt nicht davon ab, daß die Ware bereits getrennt bezw. ausgeschieden vorhanden ist (RG. 11 114, RG. 31 V 99 GruchotsBeitr. 43 1165 JW. 495 [35]); es genügt, wenn die jederzeitige Trennung bezw. Ausscheidung möglich (RG. 5 66) und ohne erheblichen Zeitverlust zu bewerkstelligen ist. Das Gleiche gilt von Vornahme derjenigen Handlungen, die mit der betreffenden Warenart jedesmal erst unmittelbar vor Übergabe vorgenommen zu werden pflegen (RG. 5 66). Das Imstandesein zur Leistung bleibt bei Gattungskauf, wenn er nicht im Einzelfall durch Ausscheiden und Anbieten in einen Sonderkauf übergeht, auch dann bestehen, wenn das Ausgeschiedene, aber nicht Angenommene, wieder mit der Gattung vermischt wird und das Leisten aus der Gattung möglich bleibt (RG. 10 VII 03 JW.

344[4]; wie in solchem Fall Selbsthilfeverkauf zu bewirken, vgl. unten Anm. XV a 1). — Wann die Gefahr gemäß BGB. § 300 Abs. 2 übergeht, vgl. unten Anm. IX c 1.

Wahlrecht des Käufers. Hat der Käufer die Wahl zwischen verschiedenen Leistungen des Verkäufers (Wahlkauf, Bestimmungskauf, Abruf), so kann der Käufer, solange er die Wahl nicht ausübt, den ihm obliegenden Beweis, daß der Verkäufer nicht imstande zur Lieferung war, nur führen, wenn er dartut, daß der Verkäufer keine der mehreren Leistungen zu bewirken in der Lage war.

Erfolgter Selbsthilfeverkauf. Imstandesein zur Lieferung bleibt auch dann bestehen, wenn infolge berechtigten Selbsthilfeverkaufs des Verkäufers der Erlös an die Stelle der Ware getreten ist (RG. 48 138).

2. Entscheidende Zeit, zu der das Imstandesein zur Leistung auf seiten des Verkäufers vorhanden sein muß, ist nach BGB. § 297 die Zeit des Angebots und in denjenigen Fällen, in denen nach BGB. § 296 kein Angebot erforderlich (oben zu b 3), die für die Handlung des Gläubigers bestimmte Zeit. Ist Vorleistung des Käufers bedungen, so kann der Verkäufer Zahlung verlangen, ohne zur sofortigen Lieferung imstande sein zu müssen (ROH. 18 335).

VII. **Annahmeverzug ist die einzige Voraussetzung** für die Zulässigkeit einer Ausübung der Rechte aus § 373 (ROH. 23 190). Insbesondere ist unerheblich, ob zur Zeit der Ausübung jener Rechte das Vorliegen eines Annahmeverzugs unbestritten ist (ROH. 23 190), ob ein besonderes Interesse des Verkäufers, sich der Ware zu entäußern, vorhanden ist RG. 5 63), ob etwa gleichzeitig auch Abnahme- oder Zahlungsverzug vorliegt (ROH. 23 190, oben Anm. IV), ob der Kaufpreis bereits bezahlt ist (P. 626, RG. 8 23), oder ob umgekehrt die Klage auf Abnahme und Zahlung bereits schwebt (ROH. 23 190, OLG. Hamburg 24 V 89 ZHR. 40 516), oder sogar dementsprechend Urteil ergangen ist (Bolze 10 Nr. 468).

VIII. **Aufhören des Annahmeverzugs.** Darüber, wann der Annahmeverzug aufhört, enthält das BGB. keine Vorschrift. Der Annahmeverzug hört auf, wenn infolge Fristsetzung unter Androhung der Leistungsablehnung gemäß BGB. § 326 und Fristablauf Recht und Pflicht des Verkäufers, die Ware zu liefern, fortgefallen sind (RG. 57 106). Ebenso, wenn der Verkäufer infolge eines von ihm zu vertretenden Umstands (vgl. BGB. § 324 Abs. 2) aufhört, zur Leistung imstande zu sein (vgl. jedoch RG. 32 63, wo außerdem Kundgebung der Annahmebereitschaft gefordert). Der Annahmeverzug und für die Zukunft seine Folgen hören ferner auf durch Gutmachen des Versäumten (RG. 25 X 04 JW. 05 13[3]). In welcher näheren Weise der Gläubiger in den verschiedenen möglichen Fällen das von ihm Versäumte gutzumachen hat, vgl. Planck[3] § 304 Anm. 3, RG. 32 63. Zu beachten ist, daß nach BGB. § 304 der Verkäufer Ersatz der Mehraufwendungen verlangen kann, die er für das erfolglose Angebot sowie für Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstands machen mußte (unten Anm. IX c 5), nach HGB. § 354 unter Umständen auch Lagergeld für eigene Aufbewahrung (§ 354 Anm II c); da er wegen dieser Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht hat, so muß mithin der Käufer, damit sein Annahmeverzug aufhört, nunmehr auch jenen Ersatz bezw. jenes Lagergeld anbieten (BGB. § 298) und unter Umständen (unten Anm. IX c 7) auch sofort zahlen. Das Gutmachen des Annahmeverzugs ist zulässig bis zum Abschluß des Selbsthilfeverkaufs (ROH. 21 236).

C. Rechte und Pflichten des Verkäufers bei Annahmeverzug des Käufers.

IX. **Rechte des Verkäufers.** Über ähnliche Rechte des Käufers nach Beanstandung, des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers vgl. §§ 379, 388, 389 (407 Abs. 2, 417 Abs. 1), 437. — Über die außerdem bestehenden Rechte bei gleichzeitig vorliegendem Schuldnerverzug (vgl. oben Anm. IV) des Käufers vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IX—XII.

a. **Der Verkäufer hat die Wahl,** welches der mehreren Rechte er ausüben will. Doch ist die getroffene Wahl nicht unabänderlich (ROH. 23 84). Er hat keine Pflicht, eins der in §§ 373, 374 ihm gegebenen Rechte auszuüben (ROH. 2 409, 19 343, 21 159, RG. 1 65,

13 22, 36 90, Bolze 7 Nr. 595). Selbst dann nicht, wenn er die Ausübung bereits angedroht hatte (RG. 16 II 04 JW. 168[8]). Von den Rechten der Hinterlegung und des Selbsthilfeverkaufs kann er entweder eins allein oder auch zunächst das erste und dann außerdem („ferner") das zweite ausüben (Staub Anm. 16). Ist ein Selbsthilfeverkauf bei den gegebenen Verhältnissen nicht ausführbar, so scheidet diese Möglichkeit aus, und der Verkäufer ist gezwungen, seine Ansprüche auf anderem Weg zu verfolgen (RG. 33 98; vgl. unten Anm. XVII). Die §§ 373, 374 erschöpfen nicht alle Möglichkeiten (vgl. RG. 40 55, 45 302; dagegen RG. 5 62); sie schließen allerdings die Zulässigkeit des Wegwerfens der Ware oder eines Verkaufs unter Nichtbeobachtung der Vorschriften des HGB. § 373, BGB. §§ 383—385 aus (RG. 45 302). Der Annahmeverzug als solcher hat keine Schadensersatzpflicht des Käufers zur Folge (§ 374 Anm. IV).

b. **Die einzelnen Rechte.**

1. Hinterlegung gemäß § 373 Abs. 1. Vgl. unten. Anm. XI—XIII.
2. Selbsthilfeverkauf gemäß § 373 Abs. 2—5. Vgl. unten Anm. XIV—XVII.
3. Die nach BGB. dem Verkäufer zustehenden Rechte. Vgl. 374. Der Verkäufer kann diese Rechte auch dann wählen, wenn die Möglichkeit, gemäß § 373 zu verfahren, vorläge.
4. Behalten in eigener Verwahrung. Auch dies ist zulässig (ROH. 2 410, RG. 45 302) und schließt nicht den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises aus (ROH. 19 344, Bolze 11 Nr. 403). Daß der Verkäufer die Ware nicht hinterlegt, sondern behält, macht nicht einen demnächstigen Selbsthilfeverkauf unzulässig (ROH. 2 410). Über das Recht, Lagergeld zu beanspruchen, wenn die Aufbewahrung in Ausübung des Handelsgewerbes geschieht, vgl. § 354 Anm. II c.
5. Belassen in fremder Verwahrung. Befindet sich die Ware in Verwahrung eines Dritten zur Zeit, zu welcher der Annahmeverzug eintritt, oder ist sie zwecks Ausführung des tätlichen Angebots in die Verwahrung eines Dritten (z. B. Speditörs oder Bahn) gegeben worden, so ist im Verhältnis zum Käufer der Verkäufer berechtigt, die Ware in der Verwahrung des Dritten zu belassen, es sei denn, daß hierin eine Verletzung seiner Sorgfaltspflicht (unten Anm. X) liegt (RG. 40 56, 45 302). Er darf daher die Belassung bei dem Dritten wählen, wenn bei Abwägung von Gefahr und Kosten der verschiedenen Aufbewahrungsarten diese ihm als die für den Käufer vorteilhaftere erscheint. Nur unter der gleichen Voraussetzung ist er verpflichtet, eine drohende Versteigerung der Sendung durch die Bahn abzuwenden (vgl. Staub Anm. 18).
6. Anordnungen im Weg einstweiliger Verfügung sind nicht ausgeschlossen (Bolze 15 Nr. 708).

c. **Sonstige Wirkungen des Annahmeverzugs** sind:

1. Erleichterung der Haftung des Verkäufers. Hierüber bestimmt BGB. § 300:

   „Der Schuldner hat während des Verzugs des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

   Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt."

   Die Voraussetzung des BGB. § 300 Abs. 2 liegt nur vor, wenn zu der Ausscheidung ein Anbieten der ausgeschiedenen Sache als solcher hinzugekommen ist; gemäß BGB. § 295 darf zwar dies Anbieten unter Umständen ein bloß wörtliches sein; doch genügt für den Gefahrübergang gemäß § 300 Abs. 2 kein allgemeines Bereiterklären zur Lieferung — wenngleich möglicherweise für das Eintreten eines Annahmeverzugs (oben Anm. VI c 1) — sondern dem Gläubiger muß erkennbar sein, daß die ausgeschiedene Sache angeboten wird (RG. 57 403).
2. Einflußlosigkeit des Unmöglichwerdens der Lieferung auf den Kaufpreisanspruch. Hierüber bestimmt BGB. § 324:

   „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er

den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Das Gleiche gilt, wenn die dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andere Teil im Verzuge der Annahme ist."

3. Änderung einer etwaigen Vorleistungs- oder Zugumzugleistungspflicht des Verkäufers. Hierüber bestimmt BGB. §§ 274, 322:

§ 274. „Gegenüber der Klage des Gläubigers hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nur die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen ist.

Auf Grund einer solchen Verurteilung kann der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn der Schuldner im Verzuge der Annahme ist."

§ 322. „Erhebt aus einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil Klage auf die ihm geschuldete Leistung, so hat die Geltendmachung des dem anderen Teile zustehenden Rechtes, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, nur die Wirkung, daß der andere Teil zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen ist.

Hat der klagende Teil vorzuleisten, so kann er, wenn der andere Teil im Verzuge der Annahme ist, auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen.

Auf die Zwangsvollstreckung findet die Vorschrift des § 274 Abs. 2 Anwendung."

Auch wenn der Beklagte in Annahmeverzug ist, darf nicht unbedingte Verurteilung, sondern nur Verurteilung zur Leistung Zug um Zug gemäß § 322 Abs. 1 erfolgen (RG. 18 XII 03 JW. 04 90[6]).

4. Aufhören der Verzinsung und Beschränkung der Herausgabepflicht auf tatsächlich gezogene Nutzungen. Hierüber bestimmt BGB. §§ 301, 302:

§ 301. „Von einer verzinslichen Geldschuld hat der Schuldner während des Verzugs des Gläubigers Zinsen nicht zu entrichten."

§ 302. „Hat der Schuldner die Nutzungen eines Gegenstandes herauszugeben oder zu ersetzen, so beschränkt sich seine Verpflichtung während des Verzugs des Gläubigers auf die Nutzungen, welche er zieht."

5. Ersatz der Mehraufwendungen. Hierüber bestimmt BGB. § 304:

„Der Schuldner kann im Falle des Verzugs des Gläubigers Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte."

Über die hieraus sich ergebenden Folgerungen hinsichtlich der Notwendigkeit eines Anbietens des Ersatzes dieser Mehraufwendungen behufs Beendigung des Annahmeverzugs vgl. oben Anm. VIII. Im übrigen vgl. § 374 Anm. III.

6. Übergang eines Wahlrechts vom Gläubiger auf den Schuldner. Über Verzug des wahlberechtigten Gläubigers bei einer Wahlschuld bestimmt BGB. § 264 Abs. 2:

„Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Mit dem Ablaufe der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt."

Besonderheiten bestehen für den Bestimmungkauf (§ 375 Anm. III a 2).

7. Änderung einer Bringschuld in eine Holschuld? Ob der Annahmeverzug des Gläubigers die Folge hat, daß die ihm nach Inhalt des Vertrags vom Schuldner zu bringende Leistung künftig geholt werden muß, ist zweifelhaft. Der verneinenden Ansicht ist beizustimmen (so auch Staub Exk. zu § 372 Anm. 19, Dernburg[3] 2 § 77), da das BGB. eine solche Änderung des Inhalts der Leistungspflicht nicht vorschreibt (über die umgekehrte Frage bei Schuldnerverzug vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VI a 3). Der Schuldner ist genügend geschützt, da, wenn der Gläubiger verlangt, daß ihm zum zweiten Mal gebracht werde, der Schuldner bereits das Beginnen seiner Leistung, d. h. das Beginnen der

zweiten Übersendung abhängig machen kann von gleichzeitigem Ersatz der durch die erste Übersendung und die Lagerung entstandenen Mehrkosten (BGB. § 273, Anm. VIII, IXc 5).

X. **Pflichten** des Verkäufers. Über die Aufbewahrungspflicht des Käufers nach Beanstandung vgl. § 379.

a. **Vor Annahmeverzug.** Nach allgemeinen Grundsätzen hat der Verkäufer die Pflicht, die verkaufte Sache bis zur Absendung oder Übergabe an den Käufer aufzubewahren und hierbei die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, oder, falls er Kaufmann ist, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden (BGB. § 276, HGB. § 347); die entsprechende ausdrückliche Bestimmung des Art. 343 Abs. 1 ADH. ist als selbverständlich nicht aufgenommen (D. 215). Über den Fall, daß nach erfolgter Annahme der Verkäufer auf Grund besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz bleibt, vgl. oben Anm. Vb 1.

b. **Nach Annahmeverzug.** Auch nachdem Annahmeverzug eingetreten, darf der Verkäufer die angebotene und nicht angenommene Ware in der Regel nicht lediglich ihrem Schicksal überlassen (P. 621); nur beschränkt sich seine Haftung dahin, daß er für die Zukunft nur noch für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat (oben Anm. IXc 1; vgl. ROH. **19** 343). Über die Folgerungen, die hieraus für den Fall zu ziehen, daß der Verkäufer einem Dritten die Ware zwecks Bewirkung des Anbietens übergeben hatte, vgl. oben Anm. IXb 5. Würde aber dem Verkäufer nur die Wahl bleiben, entweder die Ware preiszugeben oder Vorschüsse auf die Ware zu machen, für die er durch deren Wert nicht gedeckt wäre, so darf er die Ware preisgeben (RG. **60** 164). — Grundsätzlich hat der Verkäufer keine Verpflichtung, die nicht angenommene Ware zu versichern (Lehmann Nr. 4), denn der Käufer ist in der Lage, seinerseits zu versichern und hat, wenn er dies unterläßt, einen zufällig eintretenden Schaden sich selbst zuzuschreiben; nur dann wird eine Pflicht des Verkäufers, entweder den Käufer auf die Gefahr aufmerksam zu machen oder — soweit Deckung vorhanden — für dessen Rechnung zu versichern, anzuerkennen sein, wenn der Verkäufer entweder von einer Gefahr Kenntnis erhält, von der er annehmen muß, daß sie dem Käufer unbekannt ist, oder wenn er als Meinung des Käufers voraussetzen muß, daß die Ware versichert sei, während dies in Wahrheit nicht der Fall ist (etwas weitergehend Hahn Art. 343 § 5, Staub Anm. 23). — Auch bei Durchführung des Selbsthilfeverkaufs darf der Verkäufer nicht arglistig oder grob-fahrlässig verfahren (unten Anm. XV).

D. Hinterlegung insbesondere (§ 373 Abs. 1).

XI. ***Auf Gefahr des Käufers*** ist zu hinterlegen. In den regelmäßigen Fällen ist schon vor Hinterlegung die Gefahr auf den im Annahmeverzug befindlichen Käufer übergegangen (BGB. §§ 300, 324 Abs. 2, 447). Die Bestimmung des § 373, daß auf Gefahr des Käufers zu hinterlegen sei, ist wohl dahin zu deuten, daß spätestens durch die Hinterlegung die Gefahr übergehe, daß mithin die Hinterlegung den Übergang in denjenigen Fällen bewirke, in denen nach allgemeinen Grundsätzen die Gefahr bis dahin noch nicht übergegangen war. Ist daher z. B. bei einem Gattungskauf der Käufer dadurch in Annahmeverzug geraten, daß er die zu kalendermäßig festgesetzter Zeit erforderliche Mitwirkungshandlung nicht vorgenommen hat (BGB. § 296), und nimmt erst demnächst der Verkäufer die Ausscheidung aus der Gattung vor und hinterlegt die ausgeschiedene Sache, ohne sie dem Käufer anzubieten, so traf bis zur Hinterlegung die Gefahr den Verkäufer (BGB. § 300 Abs. 2); mit der Hinterlegung geht sie aber nunmehr auf den Käufer über. — Der Verkäufer braucht nicht etwa bei Hinterlegung zu erklären, daß die hinterlegte Sache auf Gefahr des Käufers lagere.

XII. ***Auf Kosten des Käufers*** ist zu hinterlegen. Auch hier ist nicht auf eine bei Hinterlegung abzugebende Erklärung verwiesen. Im Verhältnis des Verkäufers zum Käufer hat ohnedies letzterer dem ersteren die entstehenden Kosten zu ersetzen (BGB. § 304; vgl. HGB. § 354 Anm. IIc; vgl. auch BGB. § 381). Im Verhältnis des Verkäufers zum Verwahrer hängt es von der zwischen beiden getroffenen Abrede ab, ob wegen der entstehenden Kosten der Verwahrer sich an den Verkäufer oder lediglich an die hinterlegte Sache halten darf. Unmittelbar gegen den Känfer erhält der Verwahrer keine anderen Rechte als ein Zurückbehaltungsrecht

(BGB. § 273 Abs. 2) wegen der Kosten. Der Verkäufer ist nur berechtigt, für Rechnung des Käufers zu hinterlegen, hat aber weder Recht noch Pflicht, in dessen Namen zu handeln (Staub Anm. 22). Der Verwahrer hat mit der Ware gemäß der Anweisung des Verkäufers zu verfahren; er darf sie daher an den Käufer nur aushändigen, wenn der Verkäufer ihn hierzu ermächtigt hat, und unter den von letzterem etwa festgesetzten Bedingungen. Der Verkäufer bleibt im Verhältnis zum Verwahrer im Zweifel berechtigt, die Ware zurückzunehmen (BGB. § 695; vgl. auch BGB. § 376), und auch im Verhältnis zum Käufer verliert er hierdurch kein Recht (oben Anm. IX b 4), es sei denn, daß die Rücknahme ein Anerkenntnis der Berechtigung des Käufers zur Nichtannahme enthält, oder daß (oben Anm. X) in der Rücknahme eine grobfahrlässige oder vorsätzliche Schädigung des Käufers liegt.

XIII. **Verwahrung.** Das Wort „hinterlegen" ist in HGB. § 373 in dem weiteren Sinn (vgl. BGB. §§ 688 ff: „Hinterleger") gebraucht, in welchem es jeden Verwahrungsvertrag, auch wenn der Verwahrer nicht die „Hinterlegungsstelle" ist, einschließt. Daher können nicht zur Ergänzung der in § 373 enthaltenen Vorschriften die über die „Hinterlegung" im engeren Sinn handelnden §§ 372 ff. BGB. herangezogen werden (ebenso CosackHR. § 40 I 1, Lehmann Nr. 15; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. IV c). Der § 373 Abs. 1 HGB. schreibt Hinterlegung „in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise" vor. Auch eine Hinterlegung bei der öffentlichen Hinterlegungsstelle ist (bei Geld, Urkunden, Kostbarkeiten) nicht ausgeschlossen. Keine Hinterlegung liegt dagegen in einer Verladung in Eisenbahnwagen (RG. 45 301). Über die Zulässigkeit einer keine Hinterlegung enthaltenden Art der Aufbewahrung vgl. oben Anm. IX b 4—6. Bei Auswahl des Verwahrers haftet der Verkäufer für grobe Fahrlässigkeit und Arglist (oben Anm. IX c 1). Nicht notwendig braucht am Leistungsort hinterlegt zu werden (Bolze 2 Nr. 1009; ebenso Düringer-Hachenburg Anm. IV d; dagegen ROH. 12 58; vgl. auch BGB. § 374); nur darf der Verkäufer nicht ganz willkürlich verfahren, sondern hat, soweit es ohne seinen Nachteil tunlich, auch das Interesse des Käufers zu wahren (Bolze 2 Nr. 1009). Eine Anzeige von der Hinterlegung braucht an den Käufer weder vorher noch nachher zu erfolgen (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. IV e wegen BGB. § 374 Abs. 2).

E. Selbsthilfeverkauf insbesondere (§ 373 Abs. 2—5).

XIII I. **Vorgängige Androhung.**

a. **Erforderlichkeit** die Regel. (Abs. 2 Satz 1.)

1. Erforderlichkeit. Regel ist, daß vorgängige Androhung erfolgen muß, und zwar sowohl bei öffentlicher Versteigerung wie auch bei Verkauf aus freier Hand. Einer Androhung bedarf es selbst dann, wenn der Käufer die Annahme vorher ausdrücklich verweigert hatte (ROH. 19 294, RG. 1 310).
2. Inhalt der Androhung. Ob öffentlicher oder ob freihändiger Verkauf bevorsteht, braucht bei der Androhung nicht erklärt zu werden (ROH. 10 242, RG. 1 6); ebensowenig der Tag des Verkaufs (RG. 15 XII 79 JHR. 26 567); über die von der „Androhung" zu unterscheidende, in Abs. 5 vorgeschriebene vorherige Benachrichtigung von Zeit und Ort der Versteigerung, vgl. unten Anm. XV b 1.
3. Form der Androhung. Die Androhung kann in beliebiger Form erfolgen und nicht notwendig mit den Worten „drohen" oder „androhen" (ROH. 19 293); geschieht sie in Abwesenheit des Käufers, so wird sie wirksam erst dadurch, daß sie diesem (oder einem von ihm Beauftragten, RG. 50 195) zugeht (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI d 2). Die Ansicht Staubs Anm. 24, daß der Käufer, weil in Annahmeverzug, die Gefahr der Übersendung der Androhung trage (so im Ergebnis auch Lehmann Nr. 19 und nach früherem Recht ROH. 8 80) ist — wenngleich für den Gesetzgeber zu beachten — ohne Anhalt im jetzigen Gesetz (zust. Düringer-Hachenburg Anm. V 2 b); BGB. § 300 ist nicht so weittragend, bezieht sich vielmehr nur auf diejenigen Handlungen, die auf Offenhalten der Leistungsmöglichkeit gerichtet sind; wollte man das Gegenteil annehmen, so müßte man bei der Androhung des BGB. § 384 trotz der Einheitlichkeit der dort gegebenen Vorschriften unterscheiden, ob die Versteigerung wegen eines Annahmeverzugs oder aus anderem

Grund erfolgen soll; für den Fall des HGB. § 377 wurde eine ausdrückliche Bestimmung für erforderlich erachtet, um dem Empfänger die Gefahr der Übermittelung zuzuschieben (§ 377 Abs. 4, D. 224).

4. Zeitpunkt, Verbindung mit anderen Erklärungen. Zweck der Androhung ist, dem Käufer Gelegenheit zu geben, durch Annahme den Verkauf noch abzuwenden (ROH. 23 170; vgl. ROH. 12 285, RG. 1 8). Sie darf daher weder so früh noch so spät erfolgen, daß sie diesen Zweck verfehlt; sie kann mit dem Anbieten der Ware (ROH. 16 424, 23 170) und auch mit der in Abs. 5 bei öffentlicher Versteigerung vorgeschriebenen Benachrichtigung verbunden werden (Staub Anm. 24); ebenso mit dem Fordern von Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gleichzeitigem Leistungsverzug des Käufers (ROH. 12 285); in der Androhung kann unter Umständen gleichzeitig ein Anbieten der Ware bzw. eine Aufforderung des Gläubigers zur Vornahme der erforderlichen Mitwirkungshandlung (BGB. § 295) gefunden werden (vgl. ROH. 10 241). Der Verkäufer hat die Rechtzeitigkeit zu beweisen (ROH. 19 294).

5. Verstoß gegen die Vorschriften über Androhung. Ein solcher Verstoß bewirkt, daß der Käufer den Verkauf nicht gegen sich gelten zu lassen braucht (unten Anm. XVII; vgl. ROH. 12 285). Doch wird das Fehlen einer Androhung ausgeglichen, wenn der Käufer auf anderem Wege in zuverlässiger Weise davon Kenntnis erhält, daß ein Verkauf und zwar ein solcher für Rechnung des Käufers bevorsteht (vgl. RG. 1 311).

b. **Entbehrlichkeit** die Ausnahme (Abs. 2 Satz 2). Eine vorgängige Androhung ist nicht erforderlich in zwei Fällen:

1. Wenn die Ware dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist. Ersteres allein genügt nicht: die Gefahr des Verderbs muß bei auch nur unbedeutender Verzögerung bevorstehen (P. 1459). Gefahr aus anderen Gründen als wegen nahe bevorstehenden Verderbs kann unter Umständen genügen (unten zu 2). Verderb ist eine Veränderung an der Sache selbst, nicht auch (ebenso Hahn Art. 343 § 17, Staub Anm. 25; dagegen Lehmann Nr. 20, Düringer-Hachenburg Anm. V 2 d; vgl. auch HGB. § 388 Abs. 2) eine Entwertung infolge Änderung in den äußeren Bedingungen für ihre Verwendbarkeit, z. B. Sinken der Preise. Daß eine völlige Entwertung durch den Verderb in Aussicht steht (so Staub Anm. 25, Sohm ZHR. 53 99 Anm. 54), ist nicht erforderlich; es genügt eine bevorstehende erhebliche Verschlechterung. In Japan lagerndes Eisen, trotzdem es im dortigen Klima stark rostet, wurde nicht als dem Verderb ausgesetzt erachtet in Bolze 2 Nr. 1006. Dagegen wurden Eier als dem Verderb ausgesetzt anerkannt (RG. 48 138). Ob der drohende Verderb durch die innere Beschaffenheit der Ware oder durch äußere, z. B. Witterungseinflüsse veranlaßt wird, ist unerheblich.

2. Wenn die Androhung aus anderen Gründen untunlich ist. So, wenn aus anderem Grund als wegen bevorstehenden Verderbs (oben zu 1) Gefahr im Verzug ist, wenn z. B. infolge Nichtannahme oder notwendigen Wechsels des Aufbewahrungsorts eine sofort auszuführende Versendung und Einlagerung erforderlich sind, deren Kosten durch den Wert der Ware nicht gedeckt werden (Hahn Art. 343 § 17). Als untunlich im Sinn des § 373 ist die Androhung wohl auch dann zu erachten, wenn dem Verkäufer die Person oder der Aufenthaltsort des Käufers nicht bekannt und nur mit ungewöhnlichen Schwierigkeiten zu ermitteln ist (Staub Anm. 25); doch kann in solchem Fall der Käufer auch gemäß BGB. § 132 verfahren.

XV. **Verkauf.**

a. **Gemeinsames für öffentlichen und freihändigen Verkauf.**

1. Gegenstand des Verkaufs.

In vertragsmäßiger Beschaffenheit ist die Ware zu verkaufen. Im Fall des Bestreitens hat der Verkäufer die Vertragsmäßigkeit zu beweisen (ROH. 16 423, RG. 24 IV 01 JW. 407[27]). Der Gegenstand des ursprünglichen Verkaufs muß sich mit demjenigen des Selbsthilfeverkaufs genau decken (ROH. 21 235).

Die Ware ist zu verkaufen, nicht der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer

(ROH. 8 377); auch nicht der etwaige Anspruch des Verkäufers gegen einen Dritten auf Lieferung (RG. **11** 113, **34** 99).

Ein Verkauf der Ware ist aber auch dann möglich, wenn der Verkäufer die Ware nicht bereits in eigenem Gewahrsam hat; nur muß er imstande sein, sie rechtzeitig zu beschaffen (D. 217 unter Bezugnahme auf die neuere im Gegensatz zur älteren Rechtsprechung). In solchem Fall wird stets (dagegen anscheinend RG. **34** 99) die Ware und nicht das Bezugsrecht des Verkäufers verkauft, wenn der neue Käufer nur Rechte gegen den Verkäufer, nicht auch unmittelbar Rechte gegen den Dritten erlangen soll. Ein Verkauf ist daher immer dann zulässig, wenn das für das Vorliegen eines Annahmeverzugs wesentliche Merkmal des Imstandeseins zur rechtzeitigen Lieferung (oben Anm. VIc) gegeben ist. Nur sind für die Fragen, ob Annahmeverzug vorliegt und ob der Selbsthilfeverkauf gültig erfolgt ist, verschiedene Zeitpunkte maßgebend; auch ist die Beweislast verschieden; behauptet der Käufer, daß kein Annahmeverzug vorliegt, so muß der Käufer das Nichtimstandesein des Verkäufers zur Zeit des Angebots beweisen (oben Anm. VIc), während bezüglich der Frage, ob der Selbsthilfeverkauf in rechtsgültiger Weise vorgenommen ist, der Verkäufer beweispflichtig dafür ist, daß er zur Zeit des Selbsthilfeverkaufs imstande war, sofort oder später rechtzeitig zu liefern.

Lag Gattungskauf vor, so ist zu unterscheiden, ob zur Zeit des Selbsthilfeverkaufs bereits eine Aussonderung stattgefunden hatte oder nicht:

Hatte der Verkäufer Ausgesondertes angeboten, so ist das Ausgesonderte zum Verkauf zu stellen, nicht aber darf als Regel dieses wieder vermischt oder an Dritte veräußert und anderweit Ausgesondertes verkauft werden (BGB. § 243 Abs. 2; ebenso nach früherem Recht OLG. Frankfurt 12 V 91 ZHR. **43** 365; dagegen ROH. 2 410, 7 284, OLG. Hamburg 5 X 91 ZHR. **43** 365, Bolze **10** Nr. 493, Lehmann Nr. 28, Düringer-Hachenburg Anm. VId). Indessen ist ein derartiges Verfahren bennoch für zulässig zu erachten, wenn der Käufer keinerlei Interesse hatte, daß gerade das ursprünglich Ausgesonderte verkauft werde (Bolze **4** Nr. 723, **9** Nr. 402, OLG. Marienwerder 16 X 03 OLGRspr. 8 435, 11 III 04 OLGRspr. **10** 156; vgl. Planck[3] § 243 Anm. 5, RG. 10 VII 03 JW. 344[6], oben Anm. VIc 1); behauptet der Käufer ein besonderes Interesse, so liegt dem Verkäufer der Beweis ob, daß kein solches Interesse vorhanden sei.

War vor dem Selbsthilfeverkauf keine Aussonderung erfolgt, so kann der Selbsthilfeverkauf ebenso wie der ursprüngliche Kauf als reiner Gattungskauf vorgenommen werden (dagegen anscheinend RG. **45** 31, vgl. auch RG. **34** 99), und weder der Umstand, daß nicht ausgeschieden, noch der Umstand, daß etwa (nach Vertrag oder Verkehrsübung) erst kurz vor Auslieferung eine Handlung an der Ware vorzunehmen ist, steht entgegen. Nur dürfen im Einzelfall diese Umstände nach der Verkehrsanschauung nicht das Imstandesein zu rechtzeitiger Lieferung aufheben. Über die Frage, ob letztere Voraussetzung vorliegt, vgl. oben Anm. VIc. So wird z. B. ein Verkauf von Kohle nicht dadurch allein unzulässig, daß sie noch nicht gebrochen und nicht gefördert ist (ROH. 21 74, RG. **5** 66, Bolze **19** Nr. 575), ein Verkauf mit für den Käufer vorbehaltener Bestimmung (§ 375) nicht dadurch, daß die Lieferung erst nach erfolgter Bestimmung erfolgen kann (§ 375 Anm. Vd; vgl. jedoch RG. **35** 3), ein Verkauf aus dem in der Fabrik vorhandenen Lager gleichbeschaffener Ware nicht dadurch, daß die zu verkaufende Menge noch nicht aus diesem Lager ausgesondert ist (OLG. Hamburg 6 IV 03 OLGRspr. **6** 469).

Hat zwar keine vollständige Ausscheidung stattgefunden, aber doch eine Verengerung des Kreises der Gattung (indem z. B. der ursprüngliche Kauf nur auf 70000 Kilo Öl mit bestimmten Eigenschaften ging, Verkäufer aber dann 70000 Kilo aus dem in einer bestimmten Fabrik lagernden Vorrat auszuscheidendes Öl anbot), so ist in der Regel nichtausgeschiedene Ware der verengerten Gattung zum Verkauf zu stellen (vgl. RG. **45** 31).

Ist der ursprüngliche Gattungskauf durch nachträgliche Vereinbarung

in einen Sonderkauf des Ausgesonderten umgewandelt worden, so ist eine demnächstige einseitige Vermischung des Ausgesonderten unzulässig, und nur dieses kann wirksam zum Selbsthilfeverkauf gestellt werden (RG. 43 183).

Ist über die Ware ein Verfügungspapier ausgestellt, und ist der Käufer infolge Nichtannahme des vorausgesandten Verfügungspapiers in Annahmeverzug (oben Anm. VIa 4), so braucht die Ankunft der Ware nicht abgewartet zu werden, sondern der Selbsthilfeverkauf der Ware kann sofort geschehen (RG. 25 II 01 JW. 227[4]). Hierin liegt jedoch nichts dem Verfügungspapier Eigentümliches, vielmehr nur ein besonderer Fall des Verkaufs einer nicht am Verkaufsort befindlichen Ware. Zu verkaufen ist die Ware, nicht das Verfügungspapier (ebenso RG. 11 VII 01 JW. 654[14]; dagegen Staub Anm. 28); nur ist — solange nicht gegenstandslos — die Aufnahme der dem ursprünglichen Kauf entsprechenden Nebenbedingung zulässig (unten zu 2), daß die Ware im voraus durch Übergabe des Verfügungspapiers zu übergeben ist.

Bei Teillieferungen ist zu unterscheiden: Ist der Verkäufer — was Regel (BGB. § 266) — nicht berechtigt, in Teilen zu liefern, so muß die ganze ursprünglich verkaufte Menge als Ganzes im Weg der Selbsthilfe verkauft werden; andernfalls ist nicht nur nicht das Ganze, sondern auch nicht der verkaufte Teil vorschriftsmäßig verkauft (ROH. 12 177, 21 236, 24 358, Bolze 2 Nr. 1010); der Verkauf ist selbstverständlich nur zulässig, falls überhaupt (vgl. Anm. VIb 2) Käufer in Annahmeverzug ist. Ist der Verkäufer berechtigt, in Teilen zu liefern, so wird zu unterscheiden sein, ob der Käufer nur bezüglich einer Teillieferung oder bezüglich der Gesamtlieferung in Annahmeverzug (oben Anm VIb 2) ist. In letzterem Fall darf gleichfalls nur die Gesamtlieferung auf einmal verkauft werden (vgl. RG. 4 8), wobei die Nebenbedingungen des ursprünglichen Vertrags, insbesondere etwaige Lieferfristen für die einzelnen Teillieferungen zu berücksichtigen sind (unten zu 2). In ersterem Fall dagegen ist Verkäufer zum Verkaufen der Gesamtlieferung nicht berechtigt, da die Berechtigung nicht weiter reicht als das Vorliegen des Annahmeverzugs; man wird ihn daher, da ihm sonst jedes Verkaufsrecht fehlen würde, in diesem Fall zu einem selbständigen Verkauf der Teillieferung, bezüglich deren Annahmeverzug eingetreten ist, für berechtigt zu erachten haben (ebenso Staub Anm. 29, Bolze 12 Nr. 456). Es wird sogar in diesem Fall zuzulassen sein, daß er, wenn so die Erzielung eines höheren Preises in Aussicht steht, den nicht abgenommenen Rest der teilbaren Ware nicht auf einmal, sondern nur nach und nach verkauft; er kann dann jedoch nicht bereits nach Verkauf einzelner Raten, sondern erst nach Verkauf des ganzen nicht angenommenen Restes den Unterschied zwischen Kaufpreis und Erlös einklagen (Bolze 23 Nr. 498).

2. Verkaufsbedingungen. Welche Bedingungen der versteigernde Gerichtsvollzieher zu stellen hat, vgl. Pr. Geschäftsanw. f. GVollz. 12 XII 99 (JMBl. 627) mit Änderung 8 IV 03 (JMBl. 83) §§ 99, 100.

Grundsatz. Bei dem Selbsthilfeverkauf handelt es sich nicht etwa darum, zu erfahren, was bei gleichen Vertragsbedingungen jetzt aus der Ware erlöst werden würde, sondern darum, diese Ware — welche allerdings die vertragsmäßige sein muß — in der Art zu verwerten, daß für den Käufer der höchstmögliche Erlös erzielt werde (ROH. 10 372). Grundsätzlich ist also davon auszugehen, daß die Ware in vertragsmäßiger Beschaffenheit unter Berücksichtigung des Interesses beider Teile zum höchstmöglichen Preis zu verwerten ist, und daß die Ausführung des Verkaufs in geschäftsüblicher Weise und den Umständen des Falls angemessen zu erfolgen hat (RG. 19 200, Bolze 22 Nr. 455, RG. 30 IX 04 JW. 561[26]).

Die Bedingungen des Selbsthilfeverkaufs brauchen somit nicht genau die nämlichen zu sein wie diejenigen des ursprünglichen Kaufs (RG. 19 201, RG. 19 IV 84 GruchotsBeitr. 28 1066). So darf z. B. der Erfüllungsort ein anderer sein (ROH. 10 372), es dürfen andere Bestimmungsfristen bei Bestimmungskauf (§ 375) und andere Zahlungsbedingungen aufgenommen werden (ROH. 15 150), es dürfen die für Ausscheidung und Übergabe der Ware erforderlichen Lieferfristen bedungen werden

(ROH. 21 75), es darf unter Umständen sogar unbearbeitete Ware statt der ursprünglich bedungenen bearbeiteten verkauft werden (Bolze 20 Nr. 498). Unbedingte Gleichheit der Bedingungen wäre oft nicht erreichbar, oder nicht dem Interesse des Käufers entsprechend, z. B. wenn die Lieferfrist inzwischen bereits verstrichen, oder die Ware an einen anderen Ort befördert ist.

Hinzufügen von Bedingungen. Der Verkäufer darf aber Bedingungen, die vom ursprünglichen Vertrag abweichen, nicht aufnehmen, wenn sie gegen das Interesse des Käufers verstoßen, insbesondere geeignet sind, Kauflustige von Geboten abzuhalten und auf den Preis zu drücken (RG. 19 200, RG. 29 X 95 JW. 540[19], 3 X 02 JW. 545[11]). So z. B. darf er nicht eine außergewöhnlich kurze Abnahmefrist setzen und nicht die Gewährleistung ausschließen (RG. 19 200, RG. 19 IV 84 GruchotsBeitr. 28 1066, Bolze 21 Nr. 484, 22 Nr. 456, RG. 3 X 02 JW. 545[11]), außer wenn auch schon im ursprünglichen Vertrag die Gewährleistung ausgeschlossen war (Bolze 23 Nr. 504), oder ausnahmsweise durch Aufnahme einer solchen Verkaufsbedingung die Höhe des Erlöses nicht beeinträchtigt wird (RG. 30 IX 04 JW. 561[26]). Ebensowenig darf er bei etwaiger Nebenabrede des Wiederkaufs den Wiederkaufspreis niedriger bestimmen als in der ursprünglichen Abrede (RG. 6 VII 00 JW. 665[22]). Auch darf er aus gleichem Grund den Bietungslustigen nicht erklären: „Niemand braucht zu bieten, ihr könnt bieten was ihr wollt, ich kaufe die Ware doch selber wieder" (RG. 19 IV 84 GruchotsBeitr. 28 1065). Er darf auch nicht seine Genehmigung zur Erteilung des Zuschlags vorbehalten (OLG. Karlsruhe 10 VII 01 OLGRspr. 3 283). Der zur Zeit des Verkaufs erzielbare Preis soll festgesetzt werden. Unzulässig ist daher ein Verkauf mit ungewöhnlich langer Lieferfrist (ROH. 21 75), außer wenn dies der Erzielung eines höheren Preises günstig.

Auslassen von Bedingungen. Der Verkäufer darf umgekehrt auch nicht Bedingungen des ursprünglichen Verkaufs, die für Erzielung eines höheren Preises wesentlich sind, willkürlich beim Selbsthilfeverkauf auslassen, z. B. nicht Schlachtvieh nach Stück verkaufen, wenn ursprünglich nach Lebendgewicht verkauft war (RG. 19 IV 84 Gruchots Beitr. 28 1066).

Stundung des Kaufpreises kann zwar gewährt werden, jedoch bei freihändigem Verkauf nur unter Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, bei öffentlichem Verkauf nur gegen genügende Sicherheitsleistung. Bei öffentlichem Verkauf wird Verkäufer auch für berechtigt zu erachten sein, sofortige Barzahlung (vgl. BGB. § 1238) oder Sicherheitsleistung (Bolze 19 Nr. 575) als Verkaufsbedingung vorzuschreiben, selbst wenn im ursprünglichen Vertrag Stundung bedungen war.

3. Ort des Verkaufs.

Aus der Pflicht des Verkäufers, bei Ausführung des Selbsthilfeverkaufs nicht grobfahrlässig oder vorsätzlich den Käufer zu schädigen (oben Anm. Xb, BGB. § 226), ist abzuleiten, daß er den Ort des Verkaufs nicht willkürlich wählen, dabei nicht eigennützig auf Kosten des Käufers spekulieren darf, sondern auf einen möglichst günstigen Verkauf Bedacht nehmen muß (ROH. 16 425, RG. 15 3, RG. 18 VI 01 JW. 617[6]). Diese Rücksichten werden in der Regel dahin führen, daß derjenige Ort zu wählen ist, wo sich die Ware zur Zeit des Beginns des Annahmeverzugs befindet (RG. 15 3, RG. 18 VI 01 JW. 617[6]), oder, wenn dort kein Markt für derartige Ware, der für jenen Ort maßgebende Marktort (RG. 5 67; vgl. ROH. 14 422). Der abweichenden Ansicht des ROH. 16 425, derjenige Ort sei maßgebend, wo sich zur Zeit der Annahmeverweigerung die Ware befinden mußte, falls die Lieferung ernstlich beabsichtigt war, liegt eine Vermischung der Frage nach den Voraussetzungen des Annahmeverzugs (oben Anm. VIc) mit der hier in Betracht kommenden Frage zu grund.

Nicht dürfen durch zwecklose Versendung an einen anderen Ort (auch nicht den Leistungs- oder Bestimmungsort) Kosten zum Nachteil des Käufers entstehen (Bolze 13 Nr. 441, 14 Nr. 421). Doch braucht eine bereits begonnene Versendung nicht unterbrochen zu werden (RG. 15 4), und der Verkäufer darf auf seine Kosten auch nach eingetretenem Annahmeverzug die im Vertrag bedungene Versendung vornehmen (RG. 18 VI 01 JW. 617[6],

1 X 01 JW. 756[16], Bolze 3 Nr. 701, OLG. Hamburg 16 III 01 OLGRspr. 3 81). Andererseits ist auch zulässig, bei Eintreten des Annahmeverzugs die versendete Ware anzuhalten und an dem Ort, an welchem sie sich befindet, zu verkaufen (ROH. 13 58, Bolze 3 Nr. 701), insbesondere also, wenn die Ware noch nicht zur Versendung gelangt war, am Niederlassungsort des Verkäufers (RG. 50 211) oder dem sonstigen Versendungsort (RG. 27 VI 05 JW. 538[28]). Gültig ist aber auch der Verkauf an einem anderen nahegelegenen Ort, den der Verkäufer gutgläubig als gleich geeignet für Erzielung eines günstigen Verkaufs angesehen hat und ansehen durfte (RG. 27 VI 05 JW. 538[28]). Der Leistungsort als solcher ist daher nicht maßgebend (ROH. 16 425; vgl. RG. 34 98; abweichend bei Versteigerung gemäß BGB. § 383). Auch nicht der Bestimmungsort als solcher (ROH. 16 425; dagegen ROH. 8 377 und wohl auch ROH. 12 58), oder der Niederlassungsort des Käufers (ROH. 14 422), oder der Ort, wo Zahlung zu leisten ist (OLG. Hamburg 16 III 01 OLGRspr. 3 81), oder der Niederlassungsort des Verkäufers (RG. 4 V 92 Gruchots Beitr. 36 1173, 25 III 04 HoldheimsMSchr. 230). Bei Verkauf einer Ware, über die ein Verfügungspapier ausgestellt ist, auch nicht der Ort, an dem sich das Verfügungspapier befindet (RG. 11 VII 01 JW. 654[14]). Nicht zulässig ist es in der Regel, die Ware, die sich bereits am Ablieferungsort befindet, und deren Annahme dort verweigert ist, an den Absendungsort zurückkommen zu lassen und hier zu verkaufen (Bolze 2 Nr. 1007). Eine willkürliche Wahl des Verkaufsorts wurde selbst für den Fall, daß dort der Marktpreis ein gleich hoher wie an dem vom Gericht für maßgebend gehaltenen Verkaufsort war, für unzulässig erachtet (ROH. 8 376, 377).

Hat im Rechtsstreit der Käufer zwar im allgemeinen die Ordnungsmäßigkeit des Selbsthilfeverkaufs bestritten, aber nicht besonders eingewendet, daß an unrichtigem Ort verkauft sei, so darf das Gericht nicht aus letzterem Grund den Verkauf für einen nichtordnungsmäßigen erklären, ohne diese Frage vorher in der Verhandlung zur Erörterung zu bringen (RG. 18 VI 01 JW. 617[6]).

4. Zeit des Verkaufs.

Frühester Zeitpunkt. Da Annahmeverzug die Voraussetzung für die Zulässigkeit des Selbsthilfeverkaufs ist, so ist der Beginn des Annahmeverzugs der früheste zulässige Zeitpunkt des Selbsthilfeverkaufs. Annahmeverzug kann aber nicht vorliegen, bevor der Schuldner berechtigt ist, zu leisten. So selbst, wenn der Gläubiger bereits vorher erklärt, daß er nicht annehmen werde (oben Anm. VIb 1β). Ob die Forderung bereits fällig, ob also der Schuldner bereits verpflichtet ist, zu leisten, ist dagegen an sich nicht erheblich (dagegen Staub Anm. 31, Düringer-Hachenburg Anm. VIb).

Die Ausübung des Selbsthilfeverkaufs ist im allgemeinen nicht an eine bestimmte Zeit gebunden, da der Käufer jederzeit in der Lage ist, dem Annahmeverzug ein Ende (Anm. VIII) und dadurch den Selbsthilfeverkauf für die Zukunft unzulässig zu machen (ROH. 9 84, 118, RG. 41 64). Der Verkäufer darf den Zeitpunkt nach seinem eigenen Interesse wählen (ROH. 21 159), auch wenn sein Interesse demjenigen des Käufers zuwiderläuft (RG. 36 88); so auch, wenn die Ware erheblichen Preisschwankungen unterworfen ist (RG. 32 64, 36 88 gegen ROH. 23 86). Ob bei einem Fixgeschäft andere Grundsätze gelten, läßt dahingestellt RG. 41 65.

Spätester Zeitpunkt. Selbst nachdem ein erster wegen Formfehlers unwirksamer Selbsthilfeverkauf vorgenommen ist, kann, wenn der Verkäufer trotzdem in Leistungsbereitschaft bleibt, ein neuer Selbsthilfeverkauf wirksam erfolgen (RG. 32 63; dahingestellt ROH. 23 86; vgl. unten Anm. XVII). Leistungsbereitschaft ist nicht mehr vorhanden, wenn inzwischen der ursprünglich verkaufte Gegenstand sich wesentlich geändert hat, z. B. wenn bezüglich ursprünglich verkaufter Aktien Einzahlungen, Rückzahlungen und Zusammenlegungen stattgefunden haben (ROH. 20 336). Der Selbsthilfeverkauf bleibt zulässig auch, nachdem ein Urteil auf Zahlung des Kaufpreises ergangen ist (oben Anm. VII). Unter Umständen kann jedoch bei längerem Stillschweigen des Verkäufers auf die Annahmeweigerung des Käufers ein Verzicht auf die Rechte aus dem Kaufvertrag gewollt (vgl. ROH. 23 84) oder nach Verkehrssitte zu finden sein (vgl. RG. 32 64, § 346 Anm. IIIa 4),

und dann ist auch der Selbsthilfeverkauf unzulässig. Unzulässig ist nach der Rechtsprechung ferner die arglistige Wahl eines dem Käufer besonders ungünstigen Zeitpunkts (ROH. 21 159, RG. 41 64), also absichtliche Schädigung des Käufers (Bolze 9 Nr. 395), überhaupt arglistiges Hinausschieben des Verkaufs (RG. 32 64, 36 87, 57 107, 60 348), oder ein grobfahrlässiges Verhalten (RG. 57 107) durch Hinausschiebung des Verkaufs einer dem Verderben ausgesetzten Ware nach erfolgter Androhung (RG. 36 90, Bolze 14 Nr. 441; vgl. auch RG. 24 IV 01 JW. 407[17]); dieser Rechtsprechung wird jedoch nur für diejenigen Ausnahmefälle zu folgen sein, in denen es außerhalb der Macht des Käufers lag, durch nachträgliches Erbieten der Annahme oder eigenes Erstehen in der Versteigerung den Schaden von sich abzuwenden, oder in denen er Abwendungsmaßregeln unterließ, weil ihm die drohende Gefahr ohne sein Verschulden nicht bekannt war.

5. Für Rechnung des Käufers erfolgt der Selbsthilfeverkauf (§ 373 Abs. 3). Mithin kommt dem Käufer zu gut der etwaige Überschuß des Erlöses über den ursprünglich vereinbarten Preis (D. 216, RG. 5 65). Dies ist besonders ausgesprochen, um den Gegensatz zu dem hervorzuheben, was bei Zahlungsverzug des Käufers gilt (D. 216; vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XI e 3 γ). Nicht der Mittelsmann hat mit dem Käufer abzurechnen, sondern er hat den vollen Erlös dem Verkäufer auszuhändigen, und dieser hat mit dem Käufer abzurechnen (Staub Anm. 39). Die Klage, mit welcher der Verkäufer nach Ausführung des Selbsthilfeverkaufs den Ausfall einfordert, ist die ursprüngliche Vertragsklage, gerichtet auf Erfüllung durch Zahlung des nicht gedeckten Teils des Kaufpreises, nicht eine Schadensersatzklage (ROH. 9 118, RG. 33 98, 41 64; vgl. auch RG. 41 101). Doch kann daneben, z. B. wegen Zahlungsverzugs, auch ein Schadensersatzanspruch bestehen (RG. 5 65). Ist der bei Selbsthilfeverkauf gebotene Preis demnächst nicht beitreibbar, so wird anzunehmen sein, daß auch der hierdurch entstehende Ausfall zu Lasten des in Annahmeverzug befindlichen Käufers geht, außer wenn Stundungsgewährung oder Versäumung rechtzeitiger Beitreibung auf grober Fahrlässigkeit (oben Anm. X b) des Verkäufers beruhen (zust. Düringer-Hachenburg Anm. VII). — Ist die Forderung des Verkäufers an den ursprünglichen Käufer auf Zahlung des Kaufpreises noch nicht fällig zu der Zeit, zu welcher der Verkäufer den Erlös des Selbsthilfeverkaufs empfängt, so hat der Verkäufer dem Käufer den Erlös herauszuzahlen (Staub Anm. 39), außer wenn fällige Gegenforderungen bestehen (Düringer-Hachenburg Anm. VII) oder wenn eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Käufers eingetreten war, durch die der Anspruch auf die Kaufpreisforderung gefährdet wird (BGB. § 321; vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I b 3). Will der Verkäufer, ohne daß letzterer Fall vorliegt, auf möglichste Vermeidung der Herauszahlung hinwirken, so darf er nicht einen Selbsthilfeverkauf gemäß § 373 vornehmen, sondern muß den Weg des Selbsthilfeverkaufs gemäß BGB. §§ 383—386 (HGB. § 374) wählen (Staub Anm. 39), für welchen Fall Hinterlegung des Erlöses vorgeschrieben ist (BGB. § 383 Abs. 1); indessen kann doch nach richtiger Ansicht auch in letzterem Fall der zum Empfang der Vorleistung berechtigte Käufer durch ausdrückliches Verlangen der Herauszahlung die Hinterlegung unzulässig machen (§ 374 Anm. III b 4).

b. **Öffentliche Versteigerung.**

1. Vorherige Benachrichtigung (Abs. 5 Satz 1 Halbs. 1, Satz 2, Satz 3). Die Benachrichtigung ist zu unterscheiden von der Androhung, wenngleich beide miteinander verbunden werden dürfen (oben Anm. XIV). Die Androhung hat vor jeder Art des Selbsthilfeverkaufs, die Benachrichtigung nur vor einem Verkauf im Weg öffentlicher Versteigerung zu erfolgen. Beides darf bei Untunlichkeit unterbleiben (§ 373 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 Satz 3). Das Unterbleiben der Androhung trotz Tunlichkeit bewirkt aber, daß der Verkauf nicht als für Rechnung des Käufers bewirkt gilt (unten Anm. XVII), während das Unterbleiben der Benachrichtigung trotz Tunlichkeit nur Schadensersatzpflicht (BGB. §§ 249 ff.) zur Folge hat (§ 373 Abs. 5 Satz 2), wobei unerheblich ist, ob der Schaden voraussehbar war (RG. 13 66, RG. 9 II 01 JW. 209[10]). Untunlich ist die Benachrichtigung insbesondere, wenn die Ware dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist (§ 373 Abs. 2 Satz 2: „anderen"). Die Benachrichtigung ist — abweichend von der An-

drohung (oben Anm. XIV a; dagegen Staub) — keine Willenserklärung; die §§ 130 ff. BGB. sind daher nicht anwendbar (zust. Düringer-Hachenburg Anm. X), vielmehr ist der Benachrichtigungspflicht genügt, wenn der Verkäufer die Benachrichtigung rechtzeitig ordnungsmäßig abgesendet hat, mag sie auch dem Käufer nicht zugehen (Staub Anm. 37, Düringer-Hachenburg Anm. X). In der Benachrichtigung sind Zeit und Ort der Versteigerung anzugeben (§ 373 Abs. 5). Über die von der privaten Benachrichtigung zu unterscheidende öffentliche Bekanntmachung von Zeit und Ort der Versteigerung vgl. unten zu 2 α. — Trotz erfolgter Benachrichtigung wird einseitige Verschiebung der Verkaufszeit — unter dementsprechender neuer Benachrichtigung — für zulässig zu erachten sein (dahingestellt RG. 5 64), außer wenn der Verkäufer hierbei arglistig oder grobfahrlässig verfährt.

2. Versteigerung. Der § 383 Abs. 3 BGB. lautet:

„Die Versteigerung hat durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich zu erfolgen (öffentliche Versteigerung). Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der Sache öffentlich bekannt zu machen."

Der hier festgelegte Begriff der öffentlichen Versteigerung sollte auch für die Auslegung des § 373 HGB. maßgebend sein (D. 216).

α. Bekanntmachung. Den Begriff der öffentlichen Versteigerung bestimmt Satz 1 des BGB. § 383 Abs. 3. Aber auch die in Satz 2 des BGB. § 383 Abs. 3 enthaltene Vorschrift des öffentlichen Bekanntmachens von Zeit und Ort der Versteigerung wird anzuwenden sein (vgl. ROH. 16 93, CPO. § 816 Abs. 3). Nur wenn diese Bekanntmachung ordnungsmäßig erfolgt ist, braucht der Käufer den Selbsthilfeverkauf als für seine Rechnung geschehen gelten zu lassen (vgl. Bolze 20 Nr. 505). Nicht ordnungsmäßig ist eine Bekanntmachung, wenn in einer der beiden Zeitungen, in denen sie erscheint, der Tag infolge Druckfehlers falsch angegeben ist (RG. 5 XII 00 JW. 01 11 [15]). Nicht unbedingt erforderlich ist, daß die Bekanntmachung durch Einrücken in öffentliche Blätter erfolgt; auch Ausrufen oder öffentlicher Anschlag kann genügen; maßgebend ist die Verkehrssitte (ROH. 16 93, RG. 1 270). Die Vorschriften des BGB. §§ 156, 456, 458 über den Zeitpunkt des Abschlusses des Versteigerungsverkaufs und (BGB. § 457) über das Verbot eines Kaufens durch den mit Vornahme oder Leitung der Versteigerung Beauftragten oder dessen Gehilfen finden Anwendung.

β. Versteigernder Beamter. Welche Beamte befugt sind, öffentliche Versteigerungen vorzunehmen, richtet sich nach den Reichs- und Landesgesetzen; ebenso, ob die Wirksamkeit ihrer Handlungen von vorheriger Leistung des Amtseides abhängig ist. Befugt sind nach Reichsrecht die Gerichtsvollzieher und öffentlich angestellten Versteigerer (BGB. § 383 Abs. 3), nach Preußischem Recht die Amtsgerichte und Notare (Pr. FGG. Art. 31 ff.; vgl. Reichs-FGG. § 181), die Dorfgerichte (Pr. FGG. Art. 109) und in bestimmten Bezirken der Provinz Hannover beeidete Auktionatoren (Pr. FGG. Art. 125). Nicht befugt zur Abhaltung einer Versteigerung zwecks Selbsthilfeverkaufs sind private Versteigerer (ROH. 20 24, 14 331, RG. 5 95). Auch nicht der Angestellte einer Eisenbahnverwaltung, welche die ihr als Frachtführer zustehenden Rechte wahrnimmt (RG. 28 I 02 JW. 220 [27]); doch kann nach Handelsgebrauch im Einzelfall der Käufer verpflichtet sein, die seitens der Eisenbahn bewirkte Versteigerung gegen sich gelten zu lassen (RG. 25 XI 02 JW. 03 Beil. 6 [14]). Nicht befugt zur Abhaltung einer Versteigerung sind die Kursmakler und öffentlich ermächtigte Handelsmakler (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. VI c, KG. 12 V 02 OLGRspr. 6 89 gegen Staub Anm. 26; vgl. unten zu c 2).

γ. Öffentlichkeit der Versteigerung. Eine öffentliche Versteigerung liegt nur vor, wenn der Zuschlag lediglich auf Grund der allen Bietern bekanntgemachten Versteigerungsbedingungen erfolgt, nicht aber auf Grund eines Sonderabkommens mit

einem einzelnen Bieter (RG. 8 29, OLG. Karlsruhe 10 VII 01 OLGRspr. 3 282). Der Zuschlag braucht nicht notwendig öffentlich zu erfolgen (RG. 8 29). — Wo die Form der öffentlichen Versteigerung nicht gesetzlich festgelegt ist, sind die hierüber bestehenden Handelsgebräuche maßgebend (RG. 1 270); so genügt z. B. bei einem Verkauf von Südfrüchten in Triest die dort übliche ausschließliche Zulassung der protokollierten Südfruchthändler (OLG. Dresden 21 XI 02 OLGRspr. 7 387).

δ. Mitbietungsrecht besteht (entsprechend dem BGB. § 1239 Abs. 1; D. 216) sowohl auf Seite des Verkäufers wie auch auf Seite des Käufers (§ 373 Abs. 4, Str. 75 348, RG. 5 63). Jeder von beiden darf auch einen Dritten beauftragen, in eigenem Namen für Rechnung des Verkäufers bzw. Käufers die Ware zu ersteigern (RG. 31 V 99 GruchotsBeitr. 43 1164 und JW. 494[34]; dagegen vgl. ROH. 16 284). Dagegen kann eine Wiederkaufsabrede des Verkäufers mit einem für eigene Rechnung Bietenden unter Umständen geeignet sein, diesen von höherem Gebot abzuhalten, und ist dann unzulässig (RG. 5 27). Über die Unzulässigkeit eines Kaufens durch den Leiter der Versteigerung oder dessen Gehilfen vgl. BGB. §§ 456—458.

c. **Freihändiger Verkauf.**

1. Voraussetzung der Zulässigkeit ist, daß die Ware einen Börsen- oder Marktpreis (§ 261 Anm. IV) hat. Freihändiger Verkauf ist nicht schon dann zulässig, wenn die Ware dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist (RG. 5 98). Der Mangel wird auch nicht dadurch geheilt, daß der Verkäufer nachweist, der erzielte Preis sei der höchste gewesen, der überhaupt zu erwarten stand (Str. 54 281). — Liegt auch Schuldnerverzug des Käufers vor, so kann aus diesem Grund freihändiger Verkauf bei jeder Art von Ware zulässig sein (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XI e 1).

2. Befugte Mittelspersonen. Befugt zur Vermittlung des Verkaufs sind die zur Vornahme öffentlicher Versteigerungen befugten Personen und Behörden (vgl. oben zu b 2); außerdem die Kursmakler (BörsG. § 34, EGHGB. Art. 14), auch vor ihrer Beeidigung (§ 93 Anm. I b 1; vgl. RG. 18 92), und die besonders ermächtigten (D. 216) Handelsmakler, in Preußen erst nach ihrer Beeidigung (AGBGB. Art. 13). Ein Verkauf durch Vermittlung einer hiernach nicht befugten Person genügt nicht, selbst wenn er zum Börsen- oder Marktpreis bewirkt ist (ROH. 12 176, Bolze 2 Nr. 1010). — Der Verkäufer ist nicht berechtigt, die Ware ohne Vermittlung zum Börsen- oder Marktpreis zu übernehmen.

3. Zum laufenden Preis soll der Verkauf bewirkt werden. Ist der laufende Preis nicht erzielbar, so darf nicht freihändig verkauft werden (ROH. 7 69, 8 101; ebenso Lehmann Nr. 25, Düringer-Hachenburg Anm. VI c, Goldmann Nr. 289; dagegen Plen. ROH. 10 369, ROH. 12 176, RG. 31 I 80 ZHR. 26 564). Wird trotzdem verkauft, so darf der Verkäufer nicht einmal den laufenden Preis dem Käufer in Rechnung stellen; vielmehr gilt der Verkauf überhaupt nicht als für Rechnung des Käufers erfolgt (ROH. 8 103; dagegen Plen. ROH. 10 371; vgl. unten Anm. XVII). Laufender Preis ist aber nicht notwendig der Durchschnittspreis des betreffende Tags (dagegen ROH. 8 101), sondern der zur Zeit des Verkaufs dem augenblicklichen Stand des Markts mit Rücksicht auf die Menge des durch Selbsthilfeverkauf Angebotenen entsprechende, ohne Rücksicht darauf, ob zu anderen Tageszeiten vorher oder nachher andere Preise geboten werden. Für zulässig ist jedoch zu erachten, daß der Selbsthilfeverkauf „zum Börsen- bezw. Marktpreis des Verkaufstags" abgeschlossen wird. Die Person des Vermittlers begründet die Vermutung, daß in der Tat zum laufenden Preis verkauft ist. Dies hat daher nicht der Verkäufer zu beweisen (ROH. 7 69), sondern es steht nur dem Käufer der Gegenbeweis offen.

4. Käufer. Der ursprüngliche Käufer darf von der zur Vermittlung des Verkaufs befugten Person kaufen. Dagegen darf nicht der Verkäufer die Ware vom Vermittler für sich selbst kaufen (Staub Anm. 27); bei freihändigem Verkauf ist daher die Einrede eines Scheinvertrags durch Vorschiebung eines Dritten erheblich (vgl. RG. 31 V 99 JW. 494[34]). Ebensowenig genügt es, wenn der Makler selbst, wenngleich für fremde Rechnung, kauft (ROH. 8 262).

XVI. **Benachrichtigung vom vollzogenen Verkauf** (Abs. 5 Satz 1 Halbs. 2, Satz 2, 3). Die

Nachricht ist ohne schuldhaftes Zögern (BGB. § 121) abzusenden. Bezüglich dieser nachträglichen Benachrichtigung, die bei jeder Art des Selbsthilfeverkaufs zu erfolgen hat, gilt im übrigen Entsprechendes wie bezüglich der vorherigen Benachrichtigung bei öffentlicher Versteigerung (oben Anm. XV b 1).

XVII. **Folge unvorschriftsmäßigen Selbsthilfeverkaufs.**

a. **Ein unvorschriftsmäßiger Verkauf gilt nicht als für Rechnung des Käufers erfolgt** (ROH. 7 407, 8 104, 19 343). So selbst, wenn trotz Nichtbeobachtung ein gleich günstiger Preis oder sogar infolge Nichtbeobachtung ein günstigerer Preis erzielt worden ist, als andernfalls zu erwarten war (ROH. 12 58, 177, 19 91, 21 236); und zwar sowohl, wenn ausdrücklich in § 373 erwähnte Formvorschriften verletzt sind (ROH. 12 177, 19 91, RG. 30 IX 04 JW. 561 [26]), wie auch, wenn nur diejenigen Vorschriften verletzt sind, die durch die Rechtsprechung als beim Selsthilfeverkauf zu beachtende aus § 373 abgeleitet worden sind (ROH. 12 58, 21 236; dagegen RG. 30 IX 04 JW. 561 [26], wo unzutreffend angenommen, daß diese Vorschriften nicht aus § 373, sondern nur aus den Bestimmungen über den Inhalt der Leistungspflicht des Verkäufers beim ursprünglichen Kaufvertrag, z. B. BGB. § 459, HGB. § 360, abgeleitet seien). Vorstehende Grundsätze sind als maßgebend anerkannt z. B. bei Verletzung der Vorschriften über den Gegenstand des Verkaufs (ROH. 12 177, 21 236), über die Förmlichkeiten der Versteigerung (RG. 5 95), über die Verkaufsbedingungen (RG. 19 IV 84 GruchotsBeitr. 28 1066; dagegen, falls einflußlos auf Erlös, RG. 30 IX 04 JW. 561 [26]), über den Verkaufsort (ROH. 12 58, OLG. Hamburg 16 III 01 OLGRspr. 3 81), über die Verkaufszeit (RG. 36 90, Bolze 14 Nr. 421), über vorherige Androhung (ROH. 7 407, vgl. 12 285). Nur schadensersatzpflichtig macht dagegen die Unterlassung der vorgeschriebenen „Benachrichtigungen" (§ 373 Abs. 5 Satz 2). — Unmöglichkeit der Beobachtung der vorgeschriebenen Formen entbindet nicht von der Beobachtung, sondern hat nur die Folge, daß der Verkäufer sein Recht auf anderem Weg als durch Selbsthilfeverkauf suchen muß (ROH. 13 60). — Ein Verkauf ohne Beobachtung der Formen des § 373 kann unter anderem Gesichtspunkt zulässig sein, z. B. wegen gleichzeitigen Vorliegens eines Zahlungsverzugs des Käufers (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XI e 3 γ); er hat dann aber nicht die Wirkung, daß die Leistung des Erlöses als Erfüllungsersatz an die Stelle der Leistung der Ware tritt (RG. 40 56). Auch genügt es, wenn zwar nicht gemäß § 373, aber gemäß BGB. §§ 383 ff. verfahren ist (§ 374 Anm. III).

b. **Die Verletzung der Formvorschriften wird geheilt durch Zustimmung des Käufers** (ROH. 19 92, Bolze 11 Nr. 390, 16 Nr. 428). Eine solche Zustimmung liegt aber nicht bereits in einem schweigenden Verhalten des Käufers gegenüber den Androhungen, Benachrichtigungen oder Vorgängen bei Versteigerung, insbesondere nicht in einem Nichteinmischen bei Versteigerung (RG. 19 IV 84 GruchotsBeitr. 28 1067, Bolze 21 Nr. 484), sogar nicht in einem Erstehen der Ware bei öffentlichem oder freihändigem Verkauf (ROH. 19 92, 20 24, Bolze 20 Nr. 505).

c. **Erklärt der Käufer, den vorgenommenen Selbsthilfeverkauf als für sich bindend anerkennen zu wollen,** so ist der Verkäufer seinerseits daran gebunden, wenngleich mit seinem Wissen die Formen nicht beobachtet worden sind (abweichend Staub Anm. 15), da er nicht einseitig von der durch ihn abgegebenen Erklärung, daß dieser Verkauf als Selbsthilfeverkauf vorgenommmen werde, zurücktreten kann.

d. **Erkennt jedoch der Käufer den geschehenen Selbsthilfeverkauf nicht als gültig an** — gleichgültig ob mit Recht oder nicht — so steht nichts dem im Weg, daß der Verkäufer nunmehr nochmals die Ware anbietet und sie nochmals gemäß § 373 verkaufen läßt (ROH. 23 84, RG. 32 63, Bolze 22 Nr. 443). Doch nur, wenn die Vorschriften über die Zeit des Verkaufs (oben Anm. XV a 4) gewahrt bleiben und solange Annahmeverzug des Käufers noch besteht (oben Anm. VIII). Ein nochmaliger Selbsthilfeverkauf ist daher nur angängig, wenn der Verkäufer trotz des ersten Selbsthilfeverkaufs imstande zur Leistung geblieben ist; dies kann z. B. der Fall sein bei Gattungskauf (Anm. XV a 1) oder wenn der Verkäufer im ersten Selbhilfeverkauf die Ware zurückgekauft hat (Anm. XV b 2).

e. **Ist die Ordnungsmäßigkeit von Amts wegen zu prüfen?** Wird ein Anspruch auf einen

einem einzelnen Bieter (RG. 8 29, OLG. Karlsruhe 10 VII 01 OLGRspr. 3 282). Der Zuschlag braucht nicht notwendig öffentlich zu erfolgen (RG. 8 29). — Wo die Form der öffentlichen Versteigerung nicht gesetzlich festgelegt ist, sind die hierüber bestehenden Handelsgebräuche maßgebend (RG. 1 270); so genügt z. B. bei einem Verkauf von Südfrüchten in Triest die dort übliche ausschließliche Zulassung der protokollierten Südfruchthändler (OLG. Dresden 21 XI 02 OLGRspr. 7 387).

δ. Mitbietungsrecht besteht (entsprechend dem BGB. § 1239 Abs. 1; D. 216) sowohl auf Seite des Verkäufers wie auch auf Seite des Käufers (§ 373 Abs. 4, Str. 75 348, RG. 5 63). Jeder von beiden darf auch einen Dritten beauftragen, in eigenem Namen für Rechnung des Verkäufers bzw. Käufers die Ware zu ersteigern (RG. 31 V 99 GruchotsBeitr. 43 1164 und JW. 494 [34]; dagegen vgl. ROH. 16 284). Dagegen kann eine Wiederkaufsabrede des Verkäufers mit einem für eigene Rechnung Bietenden unter Umständen geeignet sein, diesen von höherem Gebot abzuhalten, und ist dann unzulässig (RG. 5 27). Über die Unzulässigkeit eines Kaufens durch den Leiter der Versteigerung oder dessen Gehilfen vgl. BGB. §§ 456—458.

c. **Freihändiger Verkauf.**

1. Voraussetzung der Zulässigkeit ist, daß die Ware einen Börsen- oder Marktpreis (§ 261 Anm. IV) hat. Freihändiger Verkauf ist nicht schon dann zulässig, wenn die Ware dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist (RG. 5 98). Der Mangel wird auch nicht dadurch geheilt, daß der Verkäufer nachweist, der erzielte Preis sei der höchste gewesen, der überhaupt zu erwarten stand (Str. 54 281). — Liegt auch Schuldnerverzug des Käufers vor, so kann aus diesem Grund freihändiger Verkauf bei jeder Art von Ware zulässig sein (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XI e 1).
2. Befugte Mittelspersonen. Befugt zur Vermittlung des Verkaufs sind die zur Vornahme öffentlicher Versteigerungen befugten Personen und Behörden (vgl. oben zu b 2); außerdem die Kursmakler (BörsG. § 34, EGHGB. Art. 14), auch vor ihrer Beeidigung (§ 93 Anm. I b 1; vgl. RG. 18 92), und die besonders ermächtigten (D. 216) Handelsmakler, in Preußen erst nach ihrer Beeidigung (AGBGB. Art. 13). Ein Verkauf durch Vermittlung einer hiernach nicht befugten Person genügt nicht, selbst wenn er zum Börsen- oder Marktpreis bewirkt ist (ROH. 12 176, Bolze 2 Nr. 1010). — Der Verkäufer ist nicht berechtigt, die Ware ohne Vermittlung zum Börsen- oder Marktpreis zu übernehmen.
3. Zum laufenden Preis soll der Verkauf bewirkt werden. Ist der laufende Preis nicht erzielbar, so darf nicht freihändig verkauft werden (ROH. 7 69, 8 101; ebenso Lehmann Nr. 25, Düringer-Hachenburg Anm. VI c, Goldmann Nr. 289; dagegen Plen. ROH. 10 369, ROH. 12 176, RG. 31 I 80 ZHR. 26 564). Wird trotzdem verkauft, so darf der Verkäufer nicht einmal den laufenden Preis dem Käufer in Rechnung stellen; vielmehr gilt der Verkauf überhaupt nicht als für Rechnung des Käufers erfolgt (ROH. 8 103; dagegen Plen. ROH. 10 371; vgl. unten Anm. XVII). Laufender Preis ist aber nicht notwendig der Durchschnittspreis des betreffende Tags (dagegen ROH. 8 101), sondern der zur Zeit des Verkaufs dem augenblicklichen Stand des Markts mit Rücksicht auf die Menge des durch Selbsthilfeverkauf Angebotenen entsprechende, ohne Rücksicht darauf, ob zu anderen Tageszeiten vorher oder nachher andere Preise geboten werden. Für zulässig ist jedoch zu erachten, daß der Selbsthilfeverkauf „zum Börsen- bezw. Marktpreis des Verkaufstags" abgeschlossen wird. Die Person des Vermittlers begründet die Vermutung, daß in der Tat zum laufenden Preis verkauft ist. Dies hat daher nicht der Verkäufer zu beweisen (ROH. 7 69), sondern es steht nur dem Käufer der Gegenbeweis offen.
4. Käufer. Der ursprüngliche Käufer darf von der zur Vermittlung des Verkaufs befugten Person kaufen. Dagegen darf nicht der Verkäufer die Ware vom Vermittler für sich selbst kaufen (Staub Anm. 27); bei freihändigem Verkauf ist daher die Einrede eines Scheinvertrags durch Vorschiebung eines Dritten erheblich (vgl. RG. 31 V 99 JW. 494 [34]). Ebensowenig genügt es, wenn der Makler selbst, wenngleich für fremde Rechnung, kauft (ROH. 8 262).

XVI. **Benachrichtigung vom vollzogenen Verkauf** (Abs. 5 Satz 1 Halbs. 2, Satz 2, 3). Die

Nachricht ist ohne schuldhaftes Zögern (BGB. § 121) abzusenden. Bezüglich dieser nachträglichen Benachrichtigung, die bei jeder Art des Selbsthilfeverkaufs zu erfolgen hat, gilt im übrigen Entsprechendes wie bezüglich der vorherigen Benachrichtigung bei öffentlicher Versteigerung (oben Anm. XV b 1).

XVII. **Folge unvorschriftsmäßigen Selbsthilfeverkaufs.**

a. **Ein unvorschriftsmäßiger Verkauf gilt nicht als für Rechnung des Käufers erfolgt** (ROH. 7 407, 8 104, 19 343). So selbst, wenn trotz Nichtbeobachtung ein gleich günstiger Preis oder sogar infolge Nichtbeobachtung ein günstigerer Preis erzielt worden ist, als andernfalls zu erwarten war (ROH. 12 58, 177, 19 91, 21 236); und zwar sowohl, wenn ausdrücklich in § 373 erwähnte Formvorschriften verletzt sind (ROH. 12 177, 19 91, RG. 30 IX 04 JW. 561 [26]), wie auch, wenn nur diejenigen Vorschriften verletzt sind, die durch die Rechtsprechung als beim Selsthilfeverkauf zu beachtende aus § 373 abgeleitet worden sind (ROH. 12 58, 21 236; dagegen RG. 30 IX 04 JW. 561 [26], wo unzutreffend angenommen, daß diese Vorschriften nicht aus § 373, sondern nur aus den Bestimmungen über den Inhalt der Leistungspflicht des Verkäufers beim ursprünglichen Kaufvertrag, z. B. BGB. § 459, HGB. § 360, abgeleitet seien). Vorstehende Grundsätze sind als maßgebend anerkannt z. B. bei Verletzung der Vorschriften über den Gegenstand des Verkaufs (ROH. 12 177, 21 236), über die Förmlichkeiten der Versteigerung (RG. 5 95), über die Verkaufsbedingungen (RG. 19 IV 84 GruchotsBeitr. 28 1066; dagegen, falls einflußlos auf Erlös, RG. 30 IX 04 JW. 561 [26]), über den Verkaufsort (ROH. 12 58, OLG. Hamburg 16 III 01 OLGRspr. 3 81), über die Verkaufszeit (RG. 36 90, Bolze 14 Nr. 421), über vorherige Androhung (ROH. 7 407, vgl. 12 285). Nur schadensersatzpflichtig macht dagegen die Unterlassung der vorgeschriebenen „Benachrichtigungen" (§ 373 Abs. 5 Satz 2). — Unmöglichkeit der Beobachtung der vorgeschriebenen Formen entbindet nicht von der Beobachtung, sondern hat nur die Folge, daß der Verkäufer sein Recht auf anderem Weg als durch Selbsthilfeverkauf suchen muß (ROH. 13 60). — Ein Verkauf ohne Beobachtung der Formen des § 373 kann unter anderem Gesichtspunkt zulässig sein, z. B. wegen gleichzeitigen Vorliegens eines Zahlungsverzugs des Käufers (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XI e 3γ); er hat dann aber nicht die Wirkung, daß die Leistung des Erlöses als Erfüllungsersatz an die Stelle der Leistung der Ware tritt (RG. 40 56). Auch genügt es, wenn zwar nicht gemäß § 373, aber gemäß BGB. §§ 383 ff. verfahren ist (§ 374 Anm. III).

b. **Die Verletzung der Formvorschriften wird geheilt durch Zustimmung des Käufers** (ROH. 19 92, Bolze 11 Nr. 390, 16 Nr. 428). Eine solche Zustimmung liegt aber nicht bereits in einem schweigenden Verhalten des Käufers gegenüber den Androhungen, Benachrichtigungen oder Vorgängen bei Versteigerung, insbesondere nicht in einem Nichteinmischen bei Versteigerung (RG. 19 IV 84 GruchotsBeitr. 28 1067, Bolze 21 Nr. 484), sogar nicht in einem Erstehen der Ware bei öffentlichem oder freihändigem Verkauf (ROH. 19 92, 20 24, Bolze 20 Nr. 505).

c. **Erklärt der Käufer, den vorgenommenen Selbsthilfeverkauf als für sich bindend anerkennen zu wollen,** so ist der Verkäufer seinerseits daran gebunden, wenngleich mit seinem Wissen die Formen nicht beobachtet worden sind (abweichend Staub Anm. 15), da er nicht einseitig von der durch ihn abgegebenen Erklärung, daß dieser Verkauf als Selbsthilfeverkauf vorgenommmen werde, zurücktreten kann.

d. **Erkennt jedoch der Käufer den geschehenen Selbsthilfeverkauf nicht als gültig an** — gleichgültig ob mit Recht oder nicht — so steht nichts dem im Weg, daß der Verkäufer nunmehr nochmals die Ware anbietet und sie nochmals gemäß § 373 verkaufen läßt (ROH. 23 84, RG. 32 63, Bolze 22 Nr. 443). Doch nur, wenn die Vorschriften über die Zeit des Verkaufs (oben Anm. XV a 4) gewahrt bleiben und solange Annahmeverzug des Käufers noch besteht (oben Anm. VIII). Ein nochmaliger Selbsthilfeverkauf ist daher nur angängig, wenn der Verkäufer trotz des ersten Selbsthilfeverkaufs imstande zur Leistung geblieben ist; dies kann z. B. der Fall sein bei Gattungskauf (Anm. XV a 1) oder wenn der Verkäufer im ersten Selbhilfeverkauf die Ware zurückgekauft hat (Anm. XV b 2).

e. **Ist die Ordnungsmäßigkeit von Amts wegen zu prüfen?** Wird ein Anspruch auf einen

Selbsthilfeverkauf gestützt, und bestreitet der Gegner nicht dessen Ordnungsmäßigkeit, so ist diese nicht von Amts wegen zu prüfen (dagegen Goldmann Nr. 276), da jede Ordnungswidrigkeit geheilt wird durch Zustimmung des Gegners (oben Anm. XVII b). Nur kann unter Umständen Anlaß zur Ausübung des Fragerechts gegeben sein (oben Anm. XV a 3).

XVIII. **Abweichende Vereinbarungen.** Die in § 373 (und BGB. § 383) vorgesehenen Förmlichkeiten enthalten nicht zwingendes Recht; vielmehr sind bei Einverständnis der Parteien Abweichungen zulässig (RG. 25 XI 02 JW. 03 Beil. 6 [11]).

§ 374.

Rechte nach BGB. bei Annahmeverzug.

Durch die Vorschriften des § 373 werden die Befugnisse nicht berührt, welche dem Verkäufer nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche zustehen, wenn der Käufer im Verzuge der Annahme ist.

ADH. — **Entw. I** § 345. **Entw. II** § 366.

I. **Allgemeines.** Der § 374 entscheidet eine frühere Streitfrage über die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts über Annahmeverzug neben den besonderen Vorschriften des Handelsrecht (D. 216). Der Annahmeverzug hat nach BGB. auch eine Reihe von Wirkungen, von denen man einige nicht eigentlich als „Befugnisse des Verkäufers" bezeichnen kann. Trotzdem sie hiernach nicht unter § 374 fallen, trifft doch auch für sie zu, daß sie durch § 373 nicht berührt werden. Über diese Wirkungen vgl. § 373 Anm. IX c. Da ferner die Bestimmung des BGB. § 303, da sie einen Vertrag über unbewegliche Sachen behandelt, auf einen Handelskauf nicht anwendbar ist (§ 373 Anm. I b), so kommen — abgesehen vom Fall der Wahlschuld (§ 373 Anm. IX c 6) — als Befugnisse des Verkäufers nach BGB. nur in Betracht das Recht zur Hinterlegung (BGB. §§ 372 ff.), das Recht zum Selbsthilfeverkauf unter Hinterlegung des Erlöses (BGB. §§ 383 ff.) und das Recht auf Ersatz von Mehraufwendungen (BGB. § 304). — Über das Recht des Verkäufers, zu wählen, von welchen Befugnissen er Gebrauch machen will, vgl. § 373 Anm. IX a, b.

II. **Hinterlegung. (BGB. §§ 372 ff.).** Die Befugnis zur Hinterlegung besteht nur bei Geld, Wertpapieren und sonstigen Urkunden sowie Kostbarkeiten (BGB. § 372); die Hinterlegung hat bei der öffentlichen Hinterlegungsstelle des Leistungsorts zu erfolgen (BGB. § 374). Nach HGB. § 373 ist gleichfalls die Hinterlegung jener Gegenstände und die Hinterlegung bei der öffentlichen Hinterlegungsstelle des Leistungsorts zulässig (§ 373 Anm. XIII); das HGB. eröffnet daneben aber noch *andere* Möglichkeiten, namentlich die Hinterlegung auch anderer *Gegenstände* und Hinterlegung bei einem anderen *Verwahrer* als der öffentlichen Hinterlegungsstelle. Auch in allen übrigen Beziehungen ergibt eine Vergleichung der Vorschriften des BGB. §§ 372—382, daß alles, was der Verkäufer bei einer Hinterlegung gemäß BGB. zu tun befugt ist, ihm auch bei einer Hinterlegung gemäß HGB. § 373 gestattet ist. Daher kann für ihn in keinem Einzelfall ein Interesse bestehen, sich darauf zu berufen, daß er gemäß BGB. §§ 372 ff. und nicht gemäß HGB. § 373 hinterlegt habe. Die Wirkungen einer erfolgten Hinterlegung sind allerdings in BGB. §§ 376—382 ausdrücklich geordnet, während sie bei einer Hinterlegung gemäß HGB. § 373 aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden müssen.

III, **Selbsthilfeverkauf (BGB. §§ 383 ff.).**

a. **Verhältnis der §§ 383—386 BGB. zu § 373 Abs. 2—5 HGB.**

Die §§ 383—386 BGB. lauten:

§ 383. „Ist die geschuldete bewegliche Sache zur Hinterlegung nicht geeignet, so kann der Schuldner sie im Falle des Verzugs des Gläubigers am Leistungsorte versteigern lassen und den Erlös hinterlegen . . .

Ist von der Versteigerung am Leistungsort ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, so ist die Sache an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern.

Die Versteigerung hat durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich zu erfolgen (öffentliche Versteigerung). Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der Sache öffentlich bekannt zu machen."

§ 384. „Die Versteigerung ist erst zulässig, nachdem sie dem Gläubiger angedroht worden ist; die Androhung darf unterbleiben, wenn die Sache dem Verderb ausgesetzt und mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden ist.

Der Schuldner hat den Gläubiger von der Versteigerung unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

Die Androhung und die Benachrichtigung dürfen unterbleiben, wenn sie untunlich sind."

§ 385. „Hat die Sache einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Schuldner den Verkauf aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken."

§ 386. „Die Kosten der Versteigerung oder des nach § 385 erfolgten Verkaufs fallen dem Gläubiger zur Last, sofern nicht der Schuldner den hinterlegten Erlös zurücknimmt."

Die vorstehenden Bestimmungen weichen in mehrfacher Beziehung ab von den Vorschriften über den Selbsthilfeverkauf des HGB. § 373, sowohl von den ausdrücklich in HGB. § 373 gegebenen, wie auch von den durch die hierzu ergangene Rechtsprechung festgestellten. Diese Abweichungen sind — mit Ausnahme von zweien (unten Anm. b 1, 4) — schwerlich gewollt; sie hätten sich vermeiden lassen, wenn der § 373 Abs. 2—5 HGB. ersetzt wäre durch eine Vorschrift etwa folgenden Wortlauts: „Er ist ferner befugt, mit der Ware, auch wenn sie zur Hinterlegung geeignet ist, gemäß BGB. §§ 383—386 zu verfahren, ohne jedoch verpflichtet zu sein, den Erlös zu hinterlegen." Da dies indessen nicht geschehen ist, sondern zwei voneinander unabhängige gesetzliche Bestimmungen nebeneinander stehen, so hat der Verkäufer, falls die Voraussetzung des BGB. § 383, eine nicht zur Hinterlegung geeignete Sache, gegeben ist, die Wahl, ob er den Selbsthilfeverkauf gemäß BGB. §§. 383 ff. oder gemäß HGB. § 373 vornehmen will. Er braucht diese Wahl aber nicht einmal zu erklären, sondern ein vorgenommener Selbsthilfeverkauf gilt als für Rechnung des Käufers erfolgt, wenn auch nur eine der beiden Vorschriftsreihen, entweder der § 373 HGB. oder die §§ 383 ff. BGB., beobachtet worden ist. Hiernach wird sich nicht selten ergeben, daß ein Selbsthilfeverkauf, der nach § 337 HGB. unwirksam wäre, dennoch als nach §§ 383 ff. BGB. wirksam aufrechterhalten werden kann.

b. **Die einzelnen Abweichungen.** In der Wortfassung bestehen viele Abweichungen des BGB. §§ 383 ff. von HGB. § 373; sachlich sind indessen Verschiedenheiten nur bezüglich folgender Punkte anzuerkennen:

1. Gegenstand des Verkaufs. Das BGB. §§ 383 ff. setzt eine nicht zur Hinterlegung geeignete bewegliche Sache voraus, ist also nicht anwendbar auf Geld, Wertpapiere, sonstige Urkunden und Kostbarkeiten (BGB. § 372); das HGB. § 373 dagegen ist anwendbar auf jede Art von beweglichen Sachen und auf Wertpapiere (§ 373 Anm. I b).
2. Ort des Verkaufs. Das BGB. § 383 verlangt die Vornahme des Verkaufs am Leistungsort, und nur, wenn dort „ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten", an „einem geeigneten anderen Orte". Für die Versteigerung des HGB. § 373 hat die Rechtsprechung Grundsätze festgestellt, die nach mehrfacher Richtung hiervon abweichen (§ 373 Anm. XV a 3). Der Ansicht Staubs Anm. 3, daß bei Versteigerung gemäß BGB. § 383 die bereits versandte Ware wieder zum Leistungsort zurückgeschafft und dort versteigert werden müsse, wird für die Mehrzahl der Fälle nicht beizutreten sein, da in der Regel von einer Versteigerung am Leistungsort unter Berücksichtigung der Kosten der Rücksendung ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten sein wird. In der Mehrzahl der Fälle wird daher die Vorschrift des BGB. § 383 und die zu HGB. § 373 ergangene Rechtsprechung zu dem gleichen Ergebnis führen.

3. Vorherige Benachrichtigung von Zeit und Ort der Versteigerung, die im § 373 Abs. 5 HGB. vorgeschrieben (§ 373 Anm. XV b 1), ist nach BGB. § 384 nicht erforderlich.

4. Hinterlegung des Erlöses ist in BGB. § 383 vorgeschrieben, während für den Fall des HGB. § 373 Abs. 3 abzuleiten ist, daß der Verkäufer soweit er nicht gegen die Kaufpreisforderung aufrechnet, den Erlös dem Käufer herauszuzahlen hat (§ 373 Anm. XV a 5). Der Unterschied ist von Bedeutung für den Fall, daß eine Aufrechnung unzulässig ist, wie namentlich bei Vorleistungspflicht des Verkäufers. Indessen ist bei näherem Zusehen der Unterschied doch ein geringerer, als er zunächst scheint. Denn auch im Fall des § 383 BGB. wirkt der Selbsthilfeverkauf in den meisten Beziehungen auch schon vor Hinterlegung dahin, daß der Erlös an die Stelle des verkauften Gegenstands tritt (Planck[3] § 383 Anm. 1), der Verkäufer darf den Erlös, falls der Käufer ihn annimmt, an diesen zahlen statt ihn zu hinterlegen (Planck aaO.), und sobald der Käufer die Zahlung des Erlöses fordert, darf der Verkäufer nicht mehr gegen den Willen des Käufers hinterlegen, da mit dem Fordern der Zahlung der Annahmeverzug des Käufers, mithin die Voraussetzung für die Hinterlegungsbefugnis des Verkäufers, aufgehört hat (Planck aaO.).

IV. **Ersatz der Mehraufwendungen (BGB. § 304).** Nach BGB. § 304 kann im Fall eines Annahmeverzugs des Käufers der Verkäufer Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstands machen mußte (§ 373 Anm. IX c 5). Minder umfassend, aber für einzelne Fälle zu derselben Folgerung führend, sind die Vorschriften in HGB. § 373, daß auf Kosten des Käufers zu hinterlegen (§ 373 Anm. XII) und für Rechnung des Käufers zu verkaufen (§ 373 Anm. XV a 5) ist, und die Vorschrift des HGB. § 354 über den Anspruch des in Ausübung seines Handelsgewerbes handelnden Verkäufers auf Provision oder Lagergeld (§ 354 Anm. II c). So kann z. B. der Verkäufer die Kosten der Verladung in Eisenbahnwagen und das der Bahn gezahlte Standgeld insoweit ersetzt verlangen, als nicht eine wohlfeilere Art der Aufbewahrung möglich war (RG. 45 302). — Eine über den Ersatz der Mehraufwendungen hinausgehende Schadensersatzpflicht besteht nicht auf Grund des Annahmeverzugs als solcher (RG. 22 IX 05 JW. 640[7]), sondern kann nur auf Abnahmeverzug gegründet werden.

Vorbemerkung zu §§ 375, 376.

Leistungsverzug des Verkäufers oder Käufers.

3. Das anzuwendende Gesetz.
4. Einzelne Fälle tätlicher Vertragsverletzungen.
α. Leistungsweigerung vor Fälligkeit.
β. Mangelhafte Leistung.
γ. Mangelhafte Leistung einiger Raten beim Ratenleistungsgeschäft.
δ. Leistung einer anderen als der bestellten Sache.
ε. Sonstige Beispiele.

III. Mahnung.
a. BGB. § 284.
b. Als Regel Mahnung erforderlich.
c. Bestehen einer Gegenleistungspflicht.
d. Keine Form vorgeschrieben.
e. Abweichung des Geforderten vom Geschuldeten.
f. Zeit der Mahnung.
g. Keine Mahnung, wenn Zeit nach Kalender bestimmt.
h. Auf Unterlassen gerichtete Leistung.

IV. Vertretungspflicht des Schuldners bezüglich des Grunds des Nichtleistens.
a. BGB. § 285.
b. Voraussetzungen der Vertretungspflicht.
1. Verschulden als Regel.
2. Vertretungspflichtige Herbeiführung eines Unvermögens zur Leistung.
3. Vertretungspflicht bei Irrtum über Vertragsinhalt.
c. Unvermögen zur Leistung einer Gattungsschuld.
1. BGB. § 279.
2. Zahlungsschuld des Käufers.
3. Übergabeschuld des Verkäufers.
α. Abgrenzung der Unmöglichkeit vom Unvermögen.
β. Vorübergehende Unmöglichkeit.
γ. Annahmeverzug des Käufers.
4. Abnahmeschuld des Käufers.

B. Verzug des Verkäufers.

V. Allgemeines über Verpflichtungen und Verzugsfolgen.
a. BGB. §§ 440, 441.
b. Zwei Hauptverpflichtungen des Verkäufers.
1. Allgemeines.
2. Verkauf eines nicht zum Sachbesitz berechtigenden Rechts.
c. Besitzverschaffungspflicht insbesondere.
1. Körperliche Übergabe.
2. Besitzvertrag.
3. Abtretung des Herausgabeanspruchs.
d. Rechtsverschaffungspflicht insbesondere.
e. Wahlrecht des Käufers bei Verzug des Verkäufers.

VI. Recht auf Erfüllung, Verspätungs-Schadensersatz und Rückhaltung der eigenen Leistung.
a. Recht auf Erfüllung.
1. Beginn und Dauer.
2. Endigung.
3. Erfüllungsort.
b. Recht auf Verspätungs-Schadensersatz.
1. Voraussetzungen.
2. Inhalt.
c. Einstweiliges eigenes Nichterfüllen.
1. Verhältnis zu den übrigen Rechten des Nichtsäumigen.
2. Voraussetzungen.
3. Wirkungen.

VII. Recht auf Nichterfüllungs-Schadensersatz.
a. Voraussetzungen.
b. Inhalt.
c. Maßgebender Zeitpunkt für Schadensbemessung.
1. Verzugsbeginn, nicht Fälligkeit.
2. Verzugsbeginn nicht stets allein maßgebend.
d. Zwei Arten der Schadensberechnung.
1. Allgemeines.
2. Berechnung nach Marktlage.
3. Berechnung nach Abwicklungsergebnis.
α. Grundregel.
β. Rückgängigmachung des alten Geschäfts.
γ. Deckungskauf.

VIII. Recht auf Rücktritt vom Vertrag.
a. Voraussetzungen.
b. Inhalt.

C. Verzug des Käufers.

IX. Allgemeines über Verpflichtungen und Verzugsfolgen.
a. Maßgebend BGB. §§ 320—327, 454.
b. Zwei Hauptverpflichtungen des Käufers.
1. Allgemeines.
2. Zahlungspflicht.
3. Abnahmepflicht.
4. Mitwirkungspflicht.
c. Staub über Verzug in Abnahme oder Nebenverpflichtung.
d. Reichsgericht über Folgen des Abnahmeverzugs.
e. Wahlrecht des Verkäufers bei Verzug des Käufers.
f. Gleichzeitiger Leistungs- und Annahmeverzug des Käufers.

X. Recht auf Erfüllung, Verspätungs-Schadensersatz und Rückhaltung der eigenen Leistung.
a. Recht auf Erfüllung.
1. Inhalt.
2. Ort.
b. Recht auf Verspätungs-Schadensersatz.
c. Einstweiliges eigenes Nichterfüllen.

XI. Recht auf Nichterfüllungs-Schadensersatz.
a. Voraussetzungen.
b. Einfluß der Ausübung des Rechts auf die eigene Leistungspflicht des Ausübenden.
1. Der Schadensersatzanspruch ein Vertragsanspruch.
2. Wofür ist Ersatz zu leisten?
3. Freiwerden beider Parteien von ursprünglicher Leistungsverpflichtung.
4. Schiedsgerichtsabrede.
5. Annahmeverzug des Käufers.
6. Verjährung.
c. Inhalt.
d. Maßgebender Zeitpunkt.
e. Zwei Arten der Schadensberechnung.
1. Allgemeines.
2. Berechnung nach Marktlage.
3. Berechnung nach Abwicklungsergebnis.
α. Grundregel.
β. Rückgängigmachung des alten Geschäfts.
γ. Deckungsverkauf.

A. Die Merkmale des Leistungsverzugs (BGB. §§ 284, 285).

I. Fälligkeit der Leistung.

a. **Begriff.** Eine Leistung ist fällig in dem Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger nach dem Inhalt des zu grund liegenden Rechtsverhältnisses sie zu sofort fordern darf, ohne Rücksicht darauf, ob etwa der Schuldner seinerseits berechtigt ist, schon früher zu leisten. Ist Leistung während einer bestimmten Zeit „in regelmäßigen Zwischenräumen" bedungen, so ist in ungefähr gleichen Raten zu liefern, entsprechende Teile der Lieferung werden daher schon während der Lieferungszeit fällig (RG. **33** 56). Ist auf Abruf zu leisten, so tritt Fälligkeit nicht vor Abruf ein. Ob mangelnder Abruf selbständigen Abruf-Leistungsverzug des Käufers begründet, vgl. unten Anm. IX b 4. Eine Verkaufsbedingung, daß in Monatsraten zu liefern, ist dahin auszulegen, daß der Lieferungstag sich auch dann nicht gemäß BGB. § 193 verschiebt, wenn der letzte Monatstag ein Sonntag ist (RG. **50** 262). Bei Ermittelung des Zeitpunkts der Fälligkeit ist auf die Handelsgebräuche (BerlHandelsgebr. **1** 91 ff., Bresl. Handelsgebr. 101 ff.) Rücksicht zu nehmen (§ 346), nach denen Fälligkeit, sei es mit Absendung der Ware (§ 346 Anm. III b 2: „Ziel"), sei es mit Ausstellung der Rechnung, sei es erst am letzten Tag des Lieferungsmonats eintritt. Bei Fernkauf unter ausdrücklichem Stundungsausschluß hat im Zweifel der Käufer erst zu zahlen, nachdem er am Bestimmungsort die Möglichkeit gehabt hat, die Ware zu untersuchen (OLG. Hamburg 28 X 01 OLGRspr. **4** 26).

b. **Entgegenstehende Einrede.**

1. Allgemeines. Die Leistung ist nicht fällig, solange dem Anspruch des Gläubigers eine

Einrede, sei es auch nur eine verzögerliche, entgegensteht, gleichgültig, ob die Einrede auf dem ursprünglichen Rechtsverhältnis oder auf nachträglich hinzugetretenen Tatsachen oder Rechtsgeschäften beruht. So wird z. B. die Leistung des Käufers oder Verkäufers nicht fällig, solange der Erbe bzw. Nachlaßpfleger sie gemäß BGB. §§ 2014—2017 verweigern kann, und z. B. die Zahlungsleistung des Käufers nicht, solange die gewährte Stundung läuft.

2. Einrede des nichterfüllten Vertrags. Bezüglich dieser gilt eine Ausnahme. Auch wenn die Einrede erhoben werden kann, steht sie, solange der sie Vorschützende in Annahmeverzug ist, nicht der Fälligkeit der Leistung des Einredeberechtigten entgegen; dies hängt damit zusammen, daß das BGB. auch dem in Annahmeverzug Befindlichen das Vorschützen dieser Einrede gestattet (BGB. § 322 Abs. 1, 2), wenngleich dieses Vorschützen nur förmliche, keine sachliche Wirkung übt, solange der Annahmeverzug fortdauert (BGB. § 322 Abs. 3, § 274 Abs. 2, Staub Exk. zu § 374 Anm. 5). Auch sonst hebt die Einrede des Zurückbehaltuugsrechts nicht die Fälligkeit der geschuldeten Leistung auf (Düringer-Hachenburg 2 123). Weder in dem Antrag auf Klagabweisung noch in Vorschützung der Aufrechnung liegt eine allfallsige Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts (RG. 11 XII 02 JW. Beil. 03 16[33]). Dagegen liegt eine solche Geltendmachung in Weigerung der eigenen Leistung unter Erhebung der Einrede, daß die andere Partei außer stande sei, die ihr obliegende Leistung zu bewirken (RG. 23 XII 02 JW. Beil. 03 22[45]). Die Einrede des nichterfüllten Vertrags darf noch in der Berufungsinstanz neu erhoben werden (RG. 16 VI 06 JW. 471[30]).

3. Einrede der Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils.

Diese Einrede ist ein Unterfall der Einrede des nichterfüllten Vertrags (RG. 51 172). War die Verschlechterung vor Vertragsschluß eingetreten, so kann sie unter Umständen eine Anfechtung des Vertrags wegen Irrtum begründen (RG. 21 XI 02 JW. 03 Beil. 6[15], Düringer-Hachenburg 2 57). Nach Vertragsschluß eintretende Verschlechterung der Vermögenslage eines Vertragschließenden ändert nach BGB. als Regel nicht die Leistungspflicht des anderen (RG. 50 257). Das BGB. enthält eine ausdrückliche Ausnahme von jener Regel nur in der Gewährung eines Widerrufsrechts bei Darlehnsversprechen (BGB. § 610) und in der Gewährung eines Zurückbehaltungsrechts im Fall bedungener Vorleistung bei gegenseitigen Verträgen (BGB. § 321). In anderen Fällen kann jedoch das Gleiche im Einzelfall oder für ganze Vertragsgattungen aus dem Vertragswillen oder der Verkehrssitte herleitbar sein (RG. 50 258, 60 59, 62 268, OLG. Hamburg 8 X 01 OLGRspr. 4 12). So darf mangels gegenteiliger Vertragsbestimmung der Versicherte vom Versicherungsvertrag zurücktreten, wenn der Versicherer unsicher wird (RG. 60 60). Dagegen sind — außer wenn ein gegenteiliger Wille der Vertragsparteien feststellbar — BGB. § 321 und § 610 nicht entsprechend anwendbar auf Termingeschäfte, bei denen keine Vorleistung bedungen ist (OLG. Hamburg 8 X 01 OLGRspr. 4 12).

Ist bei einem gegenseitigen Vertrag bedungen, daß der eine Teil vorzuleisten hat, so erhält dieser durch eine nach Vertragsabschluß eintretende Vermögensverschlechterung des anderen Teils das Recht, die Vorleistung abzulehnen (BGB. § 321). Hierdurch erhält er aber nur ein Verteidigungsrecht, er kann nicht umgekehrt angriffsweise den Vertragsgegner zur Leistung Zug um Zug (RG. 53 63, OLG. Hamburg 28 I 02 OLGRspr. 4 222) oder zur Sicherheitsleistung (OLG. Hamburg 7 X 02 OLGRspr. 6 44) zwingen (dagegen Düringer-Hachenburg 3 85). Die Weigerung des Vertragsgegners und der hierdurch eintretende Schwebezustand gibt ihm daher kein Rücktrittsrecht (dagegen OLG. Hamburg 14 X 02 OLGRspr. 6 45 auf Grund des BGB. § 157 HGB. § 346), sondern er muß warten, bis auf seiten des Vertragsgegners bezüglich dessen ursprünglich bedungener Gegenleistung die Voraussetzungen des § 326 BGB. vorliegen; dies ist nicht unbillig, da er freiwillig Nachleistung bewilligt hatte. Zur Ausübung des Rechts aus BGB. § 321 bedarf es außer der Leistungsweigerung keiner besonderen an den anderen Teil erlassenen Kundgebung (RG. 51 171). — Ist seitens desjenigen, der nachzuleisten

hat, bereits Sicherheit gestellt, so ist BGB. § 321 nur anwendbar, wenn die Sicherheit ungenügend ist, z. B. bei Sicherheitsleistung durch Hypothekbestellung nur, wenn der Wert des Grundstücks nicht zur Sicherstellung der Forderung ausreicht (RG. 53 246). — Gegenüber dem klagenden Abtretungsempfänger (unten Anm. XIX) ist die Einrede auf die Vermögensverschlechterung des ursprünglichen Forderungsberechtigten zu gründen (RG. 51 172).

Bietet der Vorleistungspflichtige vor Fälligkeit der Vorleistung diese mit dem Verlangen auf Gegenleistung Zug um Zug oder Sicherheitsleistung an, und erklärt der andere unberechtigterweise, auf diese Änderung der Bedingungen nicht einzugehen, so braucht die letztere Erklärung nicht notwendig so ausgelegt zu werden, daß damit ein für allemal, sondern sie kann so ausgelegt werden, daß nur zurzeit die Änderung abgelehnt werde; war letzteres gemeint, so bleibt der Vorleistungspflichtige an seine Leistungspflicht noch gebunden, denn nach Eintritt der Fälligkeit kann entweder die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des anderen aufgehört haben oder dieser kann sich dann zur Zug um Zug-Leistung oder Sicherheitsleistung bereit finden (RG. 54 359, vgl. OLG. Hamburg 7 X 02 OLGRspr. 6 44).

Der Verkäufer, der vorgeleistet hat, kann nicht wegen nachträglich eingetretener Vermögensverschlechterung des Käufers die bewilligte Stundung des Kaufpreises zurücknehmen (OLG. Colmar 13 XII 01 OLGRspr. 4 31).

Die Zurückbehaltung aus BGB. § 321 wird nicht durch eine erst nachträglich eintretende Vermögensverschlechterung rückwirkend gerechtfertigt (OLG. Hamburg 22 X 01 OLGRspr. 4 13; vgl. § 370 Anm. IVa).

c. **Vor Fälligkeit erklärte Leistungsweigerung.** Die Rechte, die man dem Gegner des Weigernden für diesen Fall zubilligt, würden ihm umsomehr zuzugestehen sein, wenn die Leistungsweigerung erst nach Fälligkeit erklärt wird.

1. Ältere Rechtsprechung. Die Denkschrift 221 bemerkt: „In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß, wenn sich der Schuldner bestimmt geweigert hat, zu erfüllen, der Gläubiger die im Art. 356 ADH. vorgesehene Erklärung schon vor dem Eintritte der Erfüllungszeit abgeben kann, und daß in einem solchen Falle dem Schuldner auch eine Nachfrist nicht zusteht. Diese Auffassung entspricht der Natur der Sache sowie den Bedürfnissen des Handelsverkehrs; es ist anzunehmen, daß sie unter der Herrschaft des BGB., welches in der hier fraglichen Beziehung nichts wesentlich anderes vorschreibt als das HGB., gleichfalls befolgt werden wird." Diese in der Denkschrift vertretene Ansicht stimmt bis zu gewissem Grad mit der bisherigen Rechtsprechung überein (ROH. 7 377, 9 347, RG. 5 103, 7 44, Bolze 2 Nr. 1020), wobei jedoch zu beachten, daß — was mit der Regel, wie die Denkschrift sie faßt, nicht zu vereinen — RG. 4 71 und Bolze 4 Nr. 726 zulassen, daß der Weigerer durch nachträgliche Erfüllung den Schadensersatzanspruch abwendet.

2. Ist jene Rechtsprechung vereinbar mit dem BGB.? Sehr zweifelhaft ist, ob jene frühere Rechtsprechung gegenüber dem Wortlaut des BGB. aufrechterhalten werden kann. Denn BGB. § 326 setzt Leistungsverzug voraus, und BGB. § 284 läßt Verzug erst nach Fälligkeit und demnächstiger Mahnung eintreten. Zwar ließe sich für die Ansicht der Denkschrift noch anführen, daß in BGB. § 162 die Anerkennung eines über den dort behandelten Sonderfall hinausreichenden Grundsatzes zu finden ist. Indessen spräche doch andererseits gegen die Anwendung jenes etwaigen weiterreichenden Grundsatzes auf den vorliegenden Fall, daß auch das Eintreten des Annahmeverzugs nicht durch vorherige Annahmeweigerung verfrüht wird (§ 373 Anm. VIb 1 β) und daß, während für den Werkvertrag und Verlagsvertrag ausdrücklich angeordnet ist, daß bei Weigerung des Unternehmers Fristbestimmung nicht erforderlich ist (BGB. § 636 Abs. 1, § 634 Abs. 2, VerlagsG. § 30), eine entsprechende Bestimmung für den Kauf fehlt. Auch gesetzgeberisch erscheint es bedenklich, denjenigen ungünstiger zu stellen, der im voraus dem Vertragsgegner offen erklärt, nicht leisten zu wollen und der so diesen Vertragsgegner in die Lage setzt, sich hierauf einzurichten, als denjenigen, der bis zum Schluß der ihm gesetzten Frist stillschweigt.

3. Neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Trotz jener Bedenken hat das Reichsgericht (gegen diese Rechtsprechung Planck[3] § 326 Anm. 2d, Oertmann[2] § 326 Anm. 4b, Windscheid-Kipp[9] § 321 Nr. 3 Zus. V4) unter Voranstellung des Gesichtspunkts, daß in bestimmter Erfüllungsweigerung ein **Verzicht** auf Mahnung und Fristsetzung liege (so auch Düringer-Hachenburg 2 127, 3 76, Goldmann § 373 Nr. 223; gegen die Richtigkeit dieser Begründung mit Recht Staub Posit. Vertragsverl. 54), sich auch nach neuem Recht dahin entschieden, daß bei erfolgter bestimmter Erfüllungsweigerung weder Mahnung (RG. **54** 359, **57** 113, RG. 26 XI 01 JW. **02** 29[23]; vgl. unten Anm. IIIb) noch Fristsetzung (RG. **51** 350, **52** 151, **53** 165, **54** 359, **56** 233, **57** 112, RG. 29 IV 02 JW. Beil. 246[142], 25 X 04 JW. **05** 17[12] Holdheims MSchr. **05** 79; vgl. unten Anm. XVIb 1) erforderlich sei, und zwar nicht nur bei Lieferungsweigerung des Verkäufers, sondern auch bei Zahlungs- und Abnahmeweigerung des Käufers (RG. **53** 12, 166, **56** 233). In Abnahmeweigerung wird sogar — kaum vereinbar mit BGB. § 295, der trotz Annahmeweigerung den **Annahmeverzug** nur bei wörtlichem Angebot eintreten läßt — ein Verzicht auf **jedes** Angebot gefunden (RG. **53** 12, **57** 112). Ist Abnahmeweigerung erklärt, so brauche der Verkäufer bei Gattungskauf nicht die Ware auszuscheiden, um den Weigerer in Verzug zu bringen (RG. **53** 163).

Neuerdings stützt das Reichsgericht (RG. **57** 113) seine vorerwähnte Rechtsprechung auf die Erwägung, daß in einer vor Fälligkeit erklärten Leistungsweigerung eine tätliche Vertragsverletzung liege (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IIe). Indessen kann zweifelhaft sein, ob — vom Standpunkt der sonstigen reichsgerichtlichen Rechtsprechung aus — diese Begründung weiter führt. Denn verletzt ist in diesem Fall doch nicht die Leistungspflicht, sondern die Pflicht, bis zur Leistungszeit nicht die Leistungsweigerung zu erklären; die letztere Pflicht ist aber schwerlich als eine „Hauptverpflichtung" anzusehen, während doch das Reichsgericht (unten Anm. IXd) die Rechte aus § 326 nur bei Verletzung der **Haupt**verpflichtung geben will.

In unvereinbarem Gegensatz zu der vorstehenden Rechtsprechung wurde neuerdings eine auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gerichtete Klage des Verkäufers abgewiesen, die damit begründet war, daß der Käufer die Abnahme wegen angeblicher Ungültigkeit des Vertrags vor Fälligkeit verweigert und Verkäufer, nachdem er vergeblich den Käufer zur Rücknahme der Erklärung aufgefordert hatte, noch vor Fälligkeit das Grundstück zu billigerem Preis anderweit verkauft hatte (RG. 24 III 06 JW. 335[10]). Die Abweisung wird darauf gestützt, daß Verkäufer sich hierdurch mit dem Verlangen des Käufers auf Aufhebung des Kaufvertrags einverstanden erklärt habe, während er, wenn er auf Erfüllung des Vertrags habe bestehen wollen, gemäß BGB. § 295 seine Leistung dem Käufer hätte anbieten müssen. Diese Begründung ist jedoch nicht stichhaltig, denn der Tatbestand ergibt nichts von Einverständniserklärung mit dem Aufhebungsverlangen; auch handelt es sich nicht um einen Erfüllungsanspruch, sondern um einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, und für letzteren ist nach feststehender Rechtsprechung (unten Anm. XI b 3) ein Angebot der eigenen Vertragsleistung nicht Voraussetzung.

4. Zeitpunkt des Verzugsbeginns. Selbst bei Zugrundlegung der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts wird wohl mindestens daran festzuhalten sein, daß eine vor Fälligkeit erklärte Weigerung kein Vorrücken des Fälligkeitszeitpunkts und mithin kein Vorrücken des Verzugsbeginns bewirkt (ROH. 20 19, RG. 52 152; dagegen RG. 26 XI 01 JW. **02** 29[23]). So ist insbesondere angenommen worden, daß wenn der Vertragsgegner des Weigernden vorzuleisten hat, der Weigerer erst in Verzug kommt, wenn sein Vertragsgegner seinerseits leistet oder den Weigerer in Annahmeverzug setzt (RG. 20 VI 02 JW. Beil. 252[161]). — Ob der Nichtsäumige nach erklärter Leistungsweigerung sofort, schon vor Eintritt der Fälligkeit seinerseits Leistungsablehnung erklären darf, vgl. unten Anm. XVIe.

5. Erfüllungsklage. Vorzeitige Leistungsweigerung rechtfertigt die Anstellung einer Klage auf künftige Leistung (CPO. § 259).

6. Schadensersatzpflicht des Weigernden. Trifft infolge bestimmt erklärter Leistungsweigerung des einen Teils der Vertragsgegner Maßregeln, um bei Nichtleistung nicht in

Schaden zu kommen (z. B. indem er sich anderweit deckt), und leistet der Weigerer demnächst bei Fälligkeit dennoch (wozu er berechtigt bleibt, RG. 4 71, 52 153; dagegen, falls der Vertragstreue von der Weigerung Gebrauch macht, RG. 57 113, welches nur für die Höhe des Schadensersatzes den Zeitpunkt der Fälligkeit maßgebend sein läßt), so ist der Weigerer wegen des in der — wenngleich vorübergehenden — Weigerung liegenden vertragswidrigen Verhaltens (RG. 51 350, 57 113) für schadensersatzpflichtig zu erachten (ebenso Staub Exk. zu § 374 Anm. 76). Über Vornahme eines Deckungskaufs im Anschluß an vorzeitige Weigerung vgl. unten Anm. VIId 3γ.

7. Rücktrittsrecht? Über das nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts in entsprechender Anwendung des BGB. § 326 gewährte Rücktrittsrecht vgl. oben zu 3. Nach der abweichenden, in diesem Kommentar vertretenen Ansicht ist eine entsprechende Anwendung des BGB. § 326 nicht gerechtfertigt (unten Anm. IIe); vielmehr würde, da teilweise Unmöglichkeit vorläge (unten Anm. IIe 4α), nur dann ein Rücktrittsrecht gegeben sein (BGB. § 325 Abs. 1 Satz 2), wenn nach erfolgter Leistungsweigerung die Erfüllung des die Hauptleistung betreffenden Teils des Vertrags kein Interesse mehr für den Vertragsgegner des Weigernden hat. — Abgesehen von dem vorerwähnten einseitigen Rücktritt wird aber in vielen hierher gehörigen Fällen auch eine vertragsmäßige Vertragsaufhebung in Betracht kommen. Erklärt eine Vertragspartei A, daß sie einen abgeschlossenen Vertrag als nicht zustande gekommen oder als nachträglich unverbindlich geworden erachte und infolgedessen nicht liefern werde (vgl. § 131 Anm. If), so ist der Vertragsgegner B berechtigt, den A an dieser Erklärung festzuhalten, indem B daraufhin (ausdrücklich oder stillschweigend, § 346 Anm. IIIa 4β) dem A erklärt, daß B damit einverstanden sei, daß es so angesehen werde, als sei kein Vertrag geschlossen bzw. der geschlossene unverbindlich geworden. Aber auch wenn A erklärt, daß zwar ein Vertrag geschlossen sei, er aber dennoch nicht liefern werde, wird hierin im Zweifel ein Angebot an B gefunden werden dürfen, daß dieser nach seiner Wahl entweder mit Rückgängigmachung des Vertrags oder — vorbehaltlich des Schadensersatzes für Nichterfüllung — mit Verzicht auf Lieferung sich einverstanden erklärt. — Von der Rechtsprechung des Reichsgerichts unterscheidet sich die vorstehende Auffassung im wesentlichen nur darin, daß B dem A sein Einverständnis mit dessen Angebot sofort mindestens stillschweigend erklären muß und nicht für die Zukunft auf Kosten des A selbst dann spekulieren kann, wenn er zunächst erklärt, auf Erfüllung bestehen zu wollen.

8. Der Weigerung gleichstehende Fälle. Dem Fall der Weigerung wird vom RG. gleichgestellt der Fall, daß der Säumige die Bewirkung seiner Leistung von ganz ungerechtfertigten Bedingungen abhängig macht (RG. 2 X 03 JW. Beil. 139[305]), z. B. ohne Grund abweichend von der gesetzlichen Regel Vorleistung des anderen verlangt (RG. aaO.). Ebenso der Fall, daß nicht Lieferung überhaupt, sondern nur Lieferung zu der früheren, vom anderen Teil mit Recht als vertragsgemäß behaupteten Zeit verweigert wird (RG. 61 88). Nicht auch der Fall, daß unter einer sonstigen Bedingung Aufhebung des Vertrags erklärt wird, und der andere diese Bedingung nicht annimmt (RG. 7 X 04 HoldheimsMSchr. 05 50).

d. **Leistungsanerbieten vor Ablauf der Lieferfrist.**

1. Allgemeines. Ein Leistungsanerbieten vor Ablauf der Lieferfrist verschiebt nicht den Zeitpunkt der Fälligkeit. Eine andere Frage ist, ob der Verkäufer, der vor Ablauf der Lieferfrist eine mangelhafte Ware zur Lieferung anbietet, das Recht behält, innerhalb der Lieferungsfrist anderweit mangelfrei zu liefern (hierüber Anhang zu § 377 Anm. IIIc, f). — Über die Frage, in welchen Fällen bei vorübergehendem Unvermögen zur Lieferung noch nach Ablauf der Lieferfrist geliefert werden darf, vgl. unten Anm. IVc 3.

2. Sonderbestimmung für den Börsenterminhandel. Vgl. auch unten Anm. IId 3δ. Eine Sonderbestimmung für den Börsenterminhandel in Waren (nicht auch in Wertpapieren) ist enthalten im BörsG. § 53:

„Bei dem Börsenterminhandel in Waren gerät der Verkäufer, sofern er nach erfolgter Kündigung eine unkontraktliche Ware liefert, in Erfüllungsverzug, auch wenn die Lieferungsfrist noch nicht abgelaufen war.

Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig."

e. **Unmöglichkeit der Leistung.**

1. Begriff. Der Begriff der Unmöglichkeit schließt diejenigen Fälle ein, in denen die Bewirkung der Leistung dem Schuldner nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist (unten Anm. IV c 3 α); z. B. wenn bei bestehendem, auf ein Vertrauensverhältnis gegründetem gegenseitigem Vertrag die andere Vertragspartei durch ihr Verhalten sich des Vertrauens unwürdig gezeigt hat (RG. 27 VI 02 RGBl. 97). Über die Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen zur Leistung vgl. unten Anm. IV c. Über vertretungspflichtige Herbeiführung eines Unvermögens zur Leistung vgl. Anm. IV b 2.

2. Schließt Unmöglichkeit der Leistung einen Leistungsverzug aus? Nicht fällig ist die Leistung, die hierauf gerichtete Forderung besteht überhaupt nicht, wenn die Leistung — sei es von Anfang an, sei es (vgl. RG. 23 VI 06 JW. 546 [11]) infolge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstands nachträglich — unmöglich ist bzw. wird (BGB. §§ 306, 275). Ob das Gleiche auch dann gilt, wenn die ursprünglich bedungene Leistung nachträglich infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstands unmöglich wird, ist nach dem Zusammenhang der Vorschriften des BGB. (vgl. insbesondere §§ 280, 287, 325, 326) nicht ganz unzweifelhaft, indessen doch wohl zu bejahen (vgl. Bolze 5 Nr. 677; indessen läßt RG. 54 32 Verurteilung zur Leistung bei behaupteter, aber noch nicht feststehender Unmöglichkeit zu, wenn die etwaige Unmöglichkeit vom Leistungspflichtigen zu vertreten wäre). Allerdings kann in solchem Fall ein Leistungsverzug bezüglich der vom Schuldner etwa zu gewährenden Ersatzleistung (BGB. §§ 281, 323 Abs. 2, 325 Abs. 1 Satz 3) oder des von ihm etwa zu gewährenden Schadensersatzes (BGB. §§ 280, 325) eintreten; dieser Leistungsverzug knüpft jedoch nicht unmittelbar an das Nichtleisten der ursprünglich bedungenen Leistung an (Anhang zu § 377 Anm. VI a). Ist Vorstehendes zutreffend, so ergibt sich, daß die Vorschriften des BGB. und HGB. über Leistungsverzug auch dann unanwendbar sind, wenn die Leistung — wenngleich infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstands — unmöglich wird, so daß dann lediglich die Vorschriften des BGB. § 325 zur Anwendung kommen (ebenso RG. 9 II 04 JW. 170 [11]). — Über eine durch Zuwiderhandlung herbeigeführte Unmöglichkeit einer geschuldeten Unterlassung vgl. unten Anm. II e.

3. Nach Verzugsbeginn eintretende Unmöglichkeit. Tritt Unmöglichkeit erst nach Verzugsbeginn ein, so erlöschen für die Zukunft der Verzug und die Verzugsfolgen, und die Unmöglichkeitsfolgen treten ein. Über die Wirkung einer erst nach Fristsetzung eintretenden Unmöglichkeit vgl. unten Anm. XVII a 3. In welchen Fällen während Leistungsverzugs der Schuldner eine eintretende Unmöglichkeit zu vertreten hat, in welchen Fällen also die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des BGB. § 325 gegeben sind, bestimmt BGB. § 287 Satz 1 für den Fall des Verschuldens und Satz 2 für den Fall des Zufalls.

f. **Zug um Zug zu bewirkende** Leistungen. Staub Exk. zu § 374 Anm. 5 nimmt an, daß bei Zug um Zug zu erfüllenden, beiderseits noch nicht erfüllten Verbindlichkeiten die Leistungspflicht desjenigen Teils fällig wird, an den die Gegenleistung bewirkt wird oder der mit Annahme der Gegenleistung im Verzug ist. Dies ist für zutreffend zu erachten (dahingestellt RG. 50 259), aber nicht für erschöpfend: Auf Seite desjenigen, der seine Leistung zu bringen hat, beginnt die Fälligkeit nicht erst zu den oben bezeichneten Zeiten, sondern zu dem früheren Zeitpunkt, an welchem er trotz Zeitablaufs das Bringen unterläßt. — In der Klage auf Zahlung des Kaufpreises bedarf es nicht des Anbietens der Gegenleistung (RG. 56 176). — Über die Voraussetzungen des Annahmeverzugs vgl. § 373 Anm. VI.

g. **Nicht genau bestimmte** Leistung. Unter Umständen tritt Fälligkeit nicht vor Bestimmbarkeit (Liquidität) der geschuldeten Leistung ein (RG. 54 303). Trifft dies jedoch im Einzelfall nicht zu, so ist nicht außer der Fälligkeit auch genaue Bestimmtheit der Leistung Voraussetzung des Verzugs. Der § 326 BGB. kann daher auch dann zur Anwendung gebracht

werden, wenn der Leistungspflicht zwar eine gewisse Unbestimmtheit anhaftet, es aber lediglich von dem Willen des Schuldners abhängt, durch eine seinerseits vorzunehmende Handlung oder abzugebende Erklärung die Leistung zu einer bestimmten zu machen; so z. B. bei Wahlschuld oder wenn die Höhe der Schuld zwar noch nicht berechnet, aber einseitig vom Schuldner berechenbar ist (RG. 49 41). In solchem Fall braucht nicht zunächst eine Frist zur Vornahme der Wahl oder zur Aufstellung der Berechnung, es kann vielmehr unmittelbar eine Frist zur Leistung des nach Wahl oder Berechnung Geschuldeten gestellt werden (RG. 49 42).

II. **Unterbleiben** der Leistung.

a. **Beweislast.** Nicht der Gläubiger hat das Unterbleiben zu beweisen; vielmehr liegt, falls der Gläubiger das Unterbleiben behauptet, dem Schuldner der Beweis ob, daß er die Leistung bewirkt oder in der Art, an dem Ort und zu der Zeit angeboten hat, daß der Gläubiger durch Nichtannahme in Annahmeverzug gekommen ist. Ist Zug um Zug oder gegen Sicherheitsleistung zu leisten oder kann (BGB. § 368) Quittungserteilung verlangt werden, so braucht Schuldner nur zu beweisen, daß er Leistung unter der Bedingung gleichzeitiger Bewirkung jener Gegenleistung angeboten habe (Planck[3] § 284 Anm. 8).

b. **Leistung.** Ein einseitiger Vorbehalt des Leistenden bei Leistung macht die Leistung nicht ungeschehen (Bolze 13 Nr. 436), begründet daher keinen Verzug (Staub Exk. zu § 374 Anm. 9). Dagegen kann ein Vorbehalt des Leistungsempfängers erheblich sein für die Frage, ob er die Leistung als Erfüllung angenommen hat, und mithin für die Frage der Beweislast dafür, daß die Leistung die geschuldete und die vollständige gewesen ist (Anhang zu § 377 Anm XII b 4; vgl. auch BGB. § 464). — Über den Fall, daß Verkäufer bei Leistung einen höheren als den vertragsmäßigen Preis fordert, vgl. § 377 Anm. IV c 2. — Über Unterbleiben einer auf Unterlassung gerichteten Leistung vgl. unten Anm. II e.

c. **Teil**leistung.

1. Teil. Teilleistung liegt auch dann vor, wenn der Teil kein Mengeteil ist (unten Anm. IX c, XIV).
2. Verzug. Verzug liegt auch dann vor, wenn die Leistung zwar teilweise bewirkt oder angeboten, teilweise aber unterblieben ist. Ob in diesem Fall Verzug in Ansehung der ganzen Leistung oder nur in Ansehung des fehlenden Teils besteht, hängt davon ab, ob der Gläubiger wegen Fehlen eines Teils die ganze Leistung berechtigterweise (vgl. BGB. § 266) zurückgewiesen hat, oder ob er die Teilleistung, sei es angenommen, sei es ohne Recht zurückgewiesen hat. Ist letzteres geschehen, und liegt hiernach Verzug nur bezüglich eines Teils der Leistung vor, so erleiden die Regeln über die Wirkung des Verzugs einige Abweichungen (BGB. § 320 Abs. 2, § 326 Abs. 1 Satz 3; vgl. unten Anm. XIII ff.).
3. Geringfügigkeit des rückständigen Teils. Die Ansicht Staubs Exk. zu § 374 Anm. 8, daß bei verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils einer angebotenen, aber aus diesem Grund nicht angenommenen Leistung kein Verzug des Schuldners eintrete, steht in Widerspruch zu der allgemein lautenden Vorschrift des BGB. § 266; der § 320 Abs. 2 BGB. schließt nur die Einrede des nichterfüllten Vertrags, nicht auch andere Folgen des Verzugs aus; auch behandelt § 320 Abs. 2 BGB. nur den Fall, daß der größte Teil der Leistung bewirkt ist, also nur Teilverzug in Frage steht, nicht aber den Fall, daß wegen Fehlens eines Teils die ganze Leistung zurückgewiesen ist, also Ganzverzug in Betracht kommt. Das Reichsgericht (RG. 53 73) nimmt jedoch — ähnlich wie Staub — an, daß mit Rücksicht auf BGB. § 242 der Käufer wegen eines unwesentlichen Größenmangels der gelieferten gegenüber der gekauften Sache nicht die angebotene Leistung zurückweisen, sondern nur entsprechende Ermäßigung des Kaufpreises fordern dürfe. — Ob der Verkäufer dadurch, daß er nur einen unerheblichen Teil seiner Leistung nicht bewirkt, sich trotz BGB. § 454 das Rücktrittsrecht erhält, läßt RG. 50 140 dahingestellt.

d. **Mangelhafte** Leistung des Verkäufers insbesondere.

1. Wird als angeblich gekauft etwas **anderes** geliefert als das in Wahrheit Gekaufte, eine andere einzelne Sache beim Sonderkauf, Sachen einer anderen Gattung beim Gattungskauf, so kommen — auch wenn bereits Besitz auf den Käufer übertragen ist — die Vorschriften über Leistungsverzug zur Anwendung, denn die geschuldete Lei-

stung ist unterblieben. Ob etwas anderes gilt, falls bei einem beiderseitigen Handelskauf die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte, aber Beanstandungsanzeige rechtzeitig erstattet ist, vgl. § 378 Anm. I, V a. — Ist bei beiderseitigem Handelskauf eine Ware abgeliefert (§ 377 Anm. III a), die nicht offensichtlich von der bestellten so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte, und ist nicht rechtzeitig Beanstandungsanzeige erstattet, so gilt die Ware als genehmigt (§ 378). — Nach BGB. § 363 bewirkt, auch außerhalb der Voraussetzungen des § 378, die Annahme als Erfüllung eine Umkehrung der Beweislast dahin, daß nunmehr der Annehmende zu beweisen hat, die Leistung sei eine andere als die geschuldete (oder unvollständig) gewesen (vgl. Anhang zu § 377 Anm. XII b 4). Nicht begründet (was Schöller GruchotsBeitr. **46** 28 annimmt) die Annahme als Erfüllung auch einen Schadensersatzanspruch aus BGB. § 325 gegen den schuldhaft handelnden Verkäufer. — Die Vorschriften des BGB. über Gewährleistung wegen Sachmangels finden nach dem Wortlaut des BGB. keine Anwendung auf den hier erörterten Fall; dennoch werden in ausdehnender Auslegung auch in diesem Fall die Gewährleistungsansprüche dem Nichtsäumigen wahlweise neben den Ansprüchen aus Leistungsverzug zuzubilligen sein, denn wer behauptet, daß er Gekauftes liefere und etwas Abweichendes liefert, handelt noch in höherem Grad, als wenn er nur mangelhaft liefert, seiner Verpflichtung entgegen und kann sich nicht beklagen, wenn auch der Gegner sich auf den Standpunkt stellt, es sei geliefert, nur mangelhaft. Nimmt man dies an, so ist z. B. Wandlung ohne Fristbestimmung zulässig, so daß es nicht der Anwendung von Grundsätzen über tätliche Vertragsverletzung (unten Anm. II e 4 δ) bedarf, um zu ähnlichem Ergebnis zu gelangen.

2. Wird weder das Gekaufte, noch etwas als gekauft Behauptetes geliefert, so ist die Leistung noch zweifelloser als im Fall zu 1 unterblieben. Jedenfalls sind daher — wenn die sonstigen Voraussetzungen vorliegen — die Vorschriften über den Leistungsverzug anwendbar; in diesem Fall greift auch HGB. § 378 nicht ein. — Ausgeschlossen erscheint aber nicht, daß unter Umständen daneben auch die Gewährleistungsvorschriften in Anwendung kommen können. Zwar verweist BGB. § 459 auf die „Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht“ (BGB. §§ 446, 447), und BGB. § 477 bei beweglichen Sachen auf die Zeit der „Ablieferung“ (vgl. HGB. § 377 Anm. III a). Aus beiden Bestimmungen wird aber nicht geschlossen werden dürfen, daß vor Gefahrübergang oder Ablieferung (welches von beiden, wäre wieder sehr zweifelhaft) Gewährleistungsansprüche nicht erhoben werden dürfen (ebenso Planck [3] § 462 Anm. 1 unter Bezugnahme auf BGB. § 464, Eccius in GruchotsBeitr. **43** 315; auch RG. 3 VI 05 JW. 426 [8] ein Rücktrittsrecht wegen Mangels der noch nicht übergebenen Kaufsache zulassend; wohl auch Müller Gruchots Beitr. **50** 530; vgl. RG. **52** 354, die Gewährleistungsansprüche seit Gefahrübergang durch Hingabe eines Verfügungspapiers vor Ablieferung der Ware gebend; vgl. auch BGB. § 634 Abs. 1; dagegen RG. **53** 73, RG. 16 II 05 JW. 230 [7], die Gewährleistungsansprüche nicht vor Übergabe zubilligend, Düringer-Hachenburg **3** 124, Goldmann § 373 Anm. 94, welche die Gewährleistungsansprüche erst mit Gefahrübergang entstehen lassen). Warum sollte dies z. B. nicht möglich sein, wenn jemand eine bestimmte einzelne, aber von ihm nicht besichtigte Sache gekauft hat und noch vor Gefahrübergang oder Ablieferung in Erfahrung bringt, daß ein nicht vor Übergabe zu beseitigender Sachmangel vorhanden? Und wenn schon vor Gefahrübergang (oder Ablieferung) Gewährleistungsansprüche erhoben werden können, so wird sich auch nicht sagen lassen, daß das Recht zur Erhebung solcher Ansprüche nachträglich aufhört und die erhobenen Ansprüche fortan hinfällig werden, wenn demnächst der Verkäufer garnicht abliefert und hierdurch in Verzug kommt. Beim Gattungskauf ist die Möglichkeit von Gewährleistungsansprüchen vor Gefahrübergang (oder Ablieferung) eng begrenzt, aber gleichfalls nicht ausgeschlossen (vgl. Anhang zu § 377 Anm. IX b 2 γ); und läßt man beim Einzelkauf die Gewährleistungsansprüche nicht durch demnächstiges Unterbleiben der Leistung erlöschen, so wird dasselbe auch beim Gattungskauf gelten müssen. Man ist daher gezwungen anzunehmen, daß die Gewährleistungsansprüche und die An-

sprüche wegen Leistungsverzugs einander nicht ausschließen, sondern unter Umständen nebeneinander gegeben sein können.

3. **Wird das Gekaufte zwecks Übergabe angeboten, aber behaftet mit einem Sachmangel**, so braucht der Käufer diese Leistung nicht anzunehmen, sondern ist berechtigt, sie zurückzuweisen (BGB. § 294, Dernburg[3] 2 § 185 bei Anm. 2a; vgl. HGB. § 373 Anm. VI b 2).

α. Gewährleistungsansprüche. Nimmt man an (oben zu 2), daß die Gewährleistungsansprüche sogar schon vor Ablieferungsversuch geltend gemacht werden können, so kann es auch keinen Unterschied machen, ob dem Ablieferungsversuch eine Annahme oder eine begründete Annahmeweigerung gefolgt ist; die Gewährleistungsansprüche (einschließlich der beim Gattungskauf zulässigen Ersatzleistungsklage aus BGB. § 480) können daher in beiden Fällen erhoben werden (ebenso Planck[3] § 462 Anm. 1). Ob bei Annahmeweigerung Mängelanzeige gemäß § 377 erforderlich ist, vgl. § 377 Anm. III a 2. Insbesondere bestehen die Gewährleistungsansprüche nicht nur bei Sonderkauf, sondern auch bei Gattungskauf (BGB. § 480, und nach früherem Recht ROH. 5 399, RG. 6 190, 12 84 gegen ROH. 4 181). Wird gemäß BGB. § 480 Ersatzlieferung verlangt, so kann demnächst bezüglich der Ersatzlieferung des Verkäufers Leistungsverzug eintreten; doch ist dies unerheblich für die hier erörterte Frage, welche Rechte bezüglich der ursprünglichen Lieferung bestehen (Anhang zu § 377 Anm. VI a).

β. Kein Leistungsverzug nach Leistungsannahme. Was die Frage anlangt, ob, falls mit Sachmangel geliefert ist, ein Leistungsverzug vorliegen kann, so ist unbestritten, daß (vgl. RG. 30 158) durch Annahme der Leistung (also Entgegennahme der Besitz- und Eigentumsübertragung (§ 373 Anm. V b) die auf BGB. § 326 zu stützenden Ansprüche wegen Leistungsverzugs erlöschen (während der auf BGB. § 286 Abs. 1 beruhende Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung bestehen bleibt), und daß nach Annahme ein Leistungsverzug nicht mehr entstehen kann, außer bezüglich einer gemäß BGB. § 480 geforderten Ersatzlieferung.

γ. Bestehen die Ansprüche aus Leistungsverzug bei begründeter Annahmeweigerung?

Bestritten ist, ob neben den Gewährleistungsansprüchen (oben zu α) auch die Ansprüche aus Leistungsverzug im Fall begründeter Annahmeweigerung oder in einigen Fällen begründeter Annahmeweigerung bestehen. Der Fall unbegründeter Annahmeweigerung kommt nicht in Betracht, denn in diesem Falle bestehen weder die Gewährleistungsansprüche noch die Ansprüche aus Leistungsverzug. Eine Annahmeweigerung liegt vor, solange nicht sowohl die Besitzübertragung wie auch die Eigentumsübertragung angenommen ist (§ 373 Anm. V b).

Staub § 377 Anm. 3 verneint einen Leistungsverzug in allen Fällen, in denen „geliefert" ist; was er unter „geliefert" versteht, ist jedoch unklar, denn einerseits verneint er, daß bei Annahmeweigerung Käufer die Rechte aus „Nichtlieferung" habe (aaO.), andererseits verneint er aber auch, daß im Fall der Annahmeweigerung eine „Ablieferung" erfolgt sei (Staub § 377 Anm. 16, 17, 28); überdies gelangt er bei Gattungsschulden auf einem (nicht als gangbar anzuerkennenden; Anhang zu § 377 Anm. VI a) Umweg dennoch zur Gewährung auch der Rechte aus Leistungsverzug (Staub § 377 Anm. 86 am Schluß, Anm. 3). Cosack BR. § 127 II gibt in jedem Fall begründeter Annahmeweigerung dem Käufer nebeneinander die Rechte aus Leistungsverzug und die Gewährleistungsansprüche. Müller GruchotsBeitr. 50 530 gibt dies nur für den Gattungskauf als richtig zu. Düringer-Hachenburg 3 125 geben beide Rechte nebeneinander bei begründeter Annahmeweigerung nur im Fall des Versendungskaufs (3 73, 82 ist diese Beschränkung allerdings nicht erwähnt). Dernburg (in DJZ. 03 4) gibt dem annahmeweigernden Käufer die Gewährleistungsansprüche, versagt aber (in Das bürgerliche Recht[3] 2 § 185 II) dem Käufer, „wenn ihm eine mangelhafte Sache geleistet wird", die Rechte aus BGB. §§ 325, 326.

Das Reichsgericht erkannte nach früherem Recht für den Gattungskauf in einer Ent-

scheidung an, daß der Versuch einer Lieferung vertragswidriger Ware mit folgender Annahmeweigerung des Käufers einen Leistungsverzug enthalte (RG. 1 55), verneinte jedoch im Widerspruch hiermit in anderen Entscheidungen einen Leistungsverzug sowohl in einem Fall, in welchem Besitz übertragen (ob auch Eigentum übertragen, ist nicht klar), und dann sofort zur Verfügung gestellt war (RG. 6 190), wie auch in einem Fall, in dem statt bestellter Magdeburger Öfen Berliner Öfen gesandt waren und deren Annahme verweigert war (Bolze 16 Nr. 431).

Nach neuem Recht gewährt das Reichsgericht in denjenigen Fällen, in denen bei Mangelhaftigkeit der Lieferung Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden darf (BGB. §§ 463, 480 Abs. 2) — jedoch mit einer wohl über diesen Fall hinausreichenden Begründung (RG. 52 357) — das Recht, sich „auf den Standpunkt zu stellen, als habe der Verkäufer überhaupt nicht erfüllt“ (RG. 52 355), behandelt jedoch hierbei nicht die Frage, ob hieraus auch die Anwendbarkeit des BGB. § 326 folgt (über die hierher gehörigen Urteile vgl. Anhang zu § 377 Anm. VII a). Ebenso gewährt bei Gattungskauf das Reichsgericht die Rechte aus Leistungsverzug, wenn Annahme der gelieferten vertragswidrigen Ware verweigert und die verlangte Ersatzware nicht geliefert ist (RG. 4 XI 04 JW. 05 17[10]; ebenso OLG. Dresden 3 XII 01 OLGRspr. 4 224) und selbst wenn nach der ersten „Lieferung“ Verfügungsstellung wegen Mangelhaftigkeit erfolgt ist (RG. 54 81, RG. 8 III 04 JW. 198[7]); nur müsse, wenn noch nach Lieferung auf die Rechte aus Lieferungsverzug zurückgegriffen werden solle, dies klar und unzweideutig geschehen (RG. 8 III 04 JW. 199[7]). Auch die Lieferung wertloser Ware stellt das Reichsgericht der Nichtleistung gleich (RG. 53 90); und zwar — was nicht zu billigen (oben zu β, vgl. § 377 Anm. IV b 1, Anhang zu § 377 Anm. V, VII a 2; ebenso Düringer-Hachenburg 3 128) — selbst nach Annahme.

Allgemein wird anzunehmen sein, daß in jedem Fall begründeter Annahmeweigerung — falls die übrigen Voraussetzungen des Leistungsverzugs vorliegen — der Käufer sich (neben den etwa bestehenden Gewährleistungsansprüchen) die Rechte aus einem Leistungsverzug des Verkäufers erhält; denn die angebotene Leistung braucht der Käufer nicht anzunehmen (BGB. § 294), die geschuldete Leistung ist aber bisher unterblieben. Für den beiderseitigen Handelskauf wäre etwas Abweichendes anzunehmen, falls man mit Staub der Ansicht wäre, daß § 378 HGB. auch oben zu 1 eingreift; indessen ist jener Absicht Staubs nicht beizutreten (§ 378 Anm. I). Der § 377 Abs. 4 HGB. entscheidet die Frage weder nach der einen noch nach der anderen Richtung, denn er bezieht sich überhaupt nicht mit auf den Fall der Annahmeweigerung (§ 377 Anm. III a 2) und sagt überdies nichts darüber, welches die Rechte sind, die durch Absendung der Mängelanzeige aufrecht erhalten werden (§ 377 Anm. VIII b).

Man könnte einwerfen wollen, daß mindestens bei Sonderkauf die vorstehenden Grundsätze unanwendbar seien; denn wenn jemand eine bestimmte einzelne Sache kaufe, und der Verkäufer dieselbe Sache — wenngleich mit Mängeln behaftet — zur Ablieferung anbiete, so könne, auch wenn Käufer die Annahme ablehne, nicht wohl gesagt werden, der Verkäufer habe nicht geleistet. Indessen ist auch bei Sonderkauf der Käufer nicht verpflichtet, die gekaufte Sache anzunehmen, wenn sie nicht so angeboten wird, wie sie zu leisten ist (BGB. § 294); sie wird aber nicht so angeboten, wenn sie fehlerhaft (BGB. § 459 Abs. 1), insbesondere nicht von mittlerer Art und Güte (§ 360 Anm. IV b) oder ohne die zugesicherten Eigenschaften (BGB. § 459 Abs. 2) ist, es sei denn, daß der Fall des BGB. § 460 vorliegt. Man kann zwar dann nicht wohl sagen, der Verkäufer habe „die gekaufte Sache“ nicht geleistet; aber auch in diesem Fall hat der Verkäufer „die geschuldete Leistung“ nicht bewirkt, und hierauf allein kommt es an. Auch der Einwurf (Müller GruchotsBeitr. 50 530), daß bei Sonderkauf allenfalls nur die Grundsätze über teilweise Unmöglichkeit zur Anwendung kommen könnten, erscheint nicht zutreffend, denn die Beseitigung des Mangels braucht nicht unmöglich zu sein.

δ. Sonderbestimmung für den Börsenterminhandel in Waren. Das BörsG. § 53 bestimmt:

„Bei dem Börsenterminhandel in Waren gerät der Verkäufer, sofern er nach erfolgter Kündigung eine unkontraktliche Ware liefert, in Erfüllungsverzug, auch wenn die Lieferungsfrist noch nicht abgelaufen war.

Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig."

Hierin ist wohl nicht (was Staub § 377 Anm. 3 annimmt) eine Abweichung von den Vorschriften des BGB. bezüglich der Frage enthalten, wann das Merkmal des „Unterbleibens der Leistung" vorliegt (denn in dieser Beziehung gilt nach Obigem das in BörsG. § 53 Bestimmte auch außerhalb des Börsenterminhandels; vgl. auch Anhang zu § 377 Anm. III c), vielmehr nur eine Abweichung von den Vorschriften des BGB. bezüglich der Frage, ob Leistungsverzug auch vor Ablauf der Lieferfrist eintreten kann (vgl. oben Anm. I d). „Liefert" steht dort nur ungenau statt „Lieferung versucht, Annahme aber verweigert wird".

4. Wird das Gekaufte geliefert, aber behaftet mit einem Rechtsmangel, so ist die Leistung unvollständig (RG. 56 153, Dernburg[3] 2 § 180 I), und — wenn die sonstigen Voraussetzungen vorhanden — liegt insoweit, also bezüglich eines Teils, Leistungsverzug vor (unten Anm. V b, d).

e. **Tätliche Vertragsverletzung.**

1. Begriff. Der § 326 BGB. berücksichtigt in erster Reihe den Fall, daß der Schuldner unterläßt, was er tun soll. Diesem Fall ähnlich ist aber der andere Fall, daß der Schuldner tut was er unterlassen soll (Staub Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904). Die Leistung des Unterlassens unterbleibt — mindestens teilweise — durch Tun des Gegenteils. — Das Unterlassen kann in mehrfacher Weise Gegenstand des Vertrags sein. Entweder so, daß es die alleinige von einer Vertragspartei übernommene Leistung ist; z. B. wenn Zahlung einer Abstandssumme für Unterlassung des Wettbewerbs vereinbart wird. Oder so, daß es zwar nur ein Teil der von einer Vertragspartei übernommenen Leistung, aber doch ausdrücklich bedungen ist, z. B. wenn der Verkäufer sich verpflichtet, dem Käufer bestimmte Waren zu liefern und Lieferung gleichartiger Waren an andere Personen zu unterlassen (vgl. RG. 54 273, 287). Oder endlich so, daß ausdrücklich nur ein Tun bedungen ist, aber nach Parteiwillen es als stillschweigend vereinbart gelten muß (dagegen RG. 54 101), daß der Schuldner ein dem Vertragszweck entgegenstehendes oder (vgl. RG. 54 100) die Erreichung des Vertragszwecks gefährdendes Verhalten zu unterlassen hat. — In den meisten der bisherigen Erörterungen über tätliche Vertragsverletzungen sind diese drei Fälle nicht auseinandergehalten, sondern alle drei Fälle als von jenem Begriff umfaßt angesehen worden. Dann ist tätliche Vertragsverletzung jede vom Handelnden zu vertretende (Müller GruchotsBeitr. 50 535) Zuwiderhandlung gegen eine dem Handelnden vertraglich obliegende Unterlassung, einschließlich (Staub Pos. Vertragsverl. 5) einer Zuwiderhandlung, die darin besteht, daß ein bedungenes Tun nicht so, wie es dem Vertrag entspricht, sondern in anderer Weise, z. B. mangelhaft, ausgeführt wird. Faßt man den Begriff in dieser weiten Weise, so ist andererseits doch zu beachten, daß die bei Anpassung des Gesetzes an die wirtschaftlichen Bedürfnisse hervorgetretenen Schwierigkeiten, die zur Aufstellung dieses Begriffs Anlaß gegeben, im wesentlichen nur in dem dritten der oben erwähnten Fälle zu Tag treten. Es kann aber zweifelhaft sein, ob nicht auch jener dritte Fall durch die anderweit im BGB. enthaltenen Vorschriften bereits genügend geordnet ist (hierüber unten zu 4 α—δ), und ob daher nicht die Aufstellung eines besonderen Begriffs der „tätlichen Vertragsverletzung" überhaupt entbehrlich und sogar irreführend ist, weil die so zusammengefaßten Fälle nicht den gleichen, sondern verschiedenen Regeln folgen. — Die neuere Rechtsprechung knüpft grundsätzlich die von ihr behaupteten besonderen Rechtsfolgen nur an diejenigen tätlichen Vertragsverletzungen, welche die Erreichung des Vertragszwecks gefährden (unten zu 3), und erklärt jene Rechtsfolgen für nicht eintretend bei Grundstückskäufen (unten zu 3). Auch schwankt sie bezüglich der Frage, ob jene Rechtsfolgen nur bei Zuwiderhandlung gegen einen auf längere Zeit abgeschlossenen Vertrag statthaben (unten zu 3).

2. **Bewirkt das Unterbleiben einer Unterlassungsleistung nie Verzug, sondern stets Unmöglichkeit der Erfüllung?**

Das Unterbleiben einer Leistung kann beruhen auf Unmöglichkeit oder auf Verzug.

Auch bei einer Unterlassungsleistung ist ein Verzug möglich (ebenso für den Fall dauernder Unterlassungspflicht Paech Leistungsverzug 21; dagegen Düringer-Hachenburg 3 71). So z. B., wenn bedungen ist, daß während dreier Monate, beginnend im Juli, zu unterlassen sei und wenn im Einzelfall nur die Dauer, nicht aber der Zeitpunkt des Beginns, wesentlich ist; wird in solchem Fall bis zum letzten Tag des Juli einschließlich zuwidergehandelt, so wird nur Verzug anzunehmen sein. Nicht Unmöglichkeit etwa deshalb, weil ein Unterlassen zu dem bedungenen Zeitpunkt nicht mehr möglich sei. Denn sonst müßte man auch bei einer im Juli fälligen auf Tun gerichteten Leistung eine Unmöglichkeit in allen Fällen der Nichtleistung annehmen, weil es nach dem Juli unmöglich geworden ist, zu dem bedungenen Zeitpunkt zu leisten. Übrigens kann der Fall eines Verzugs bei einer Unterlassungsleistung auch vorkommen, wenn nur einmalige Unterlassung bedungen ist (dagegen Paech Leistungsverzug 21); so z. B. wenn anläßlich einer eine Woche währenden Ausstellung in einem Nachbarort eine Dampfergesellschaft gegenüber ihrer Wettbewerberin, der täglich zwischen den gleichen Orten fahrenden Eisenbahn, sich verpflichtet hat, an einem Werktag im Anfang jener Woche nicht zu fahren, und wenn nach den Umständen des Falls nur das Nichtfahren an einem Werktag jener Woche, nicht aber, daß das Fahren am Anfang der Woche unterbleibt, erheblich ist.

Aber selbst wenn im einzelnen Fall der Zeitpunkt des bedungenen Unterlassens festbestimmt ist, braucht nicht immer Unmöglichkeit die Folge des Zuwiderhandelns zu sein. So z. B. wenn die Dampfergesellschaft sich verpflichtet hatte, an einem Werktag jener Woche, und zwar am Montag, nicht zu fahren. In solchem Fall bleibt trotz Zuwiderhandelns zur festbestimmten Zeit dennoch ein Unterlassen zu späterer Zeit möglich, und der Vertragsgegner kann ein Interesse haben, jenes spätere Unterlassen zu erzwingen, z. B. eine einstweilige Verfügung zu erwirken, wonach die Dampfergesellschaft, wenn sie von Montag bis Freitag gefahren ist, am Sonnabend nicht fahren darf. Liegt ein sachlicher Grund vor, dem Vertragsgegner ein solches Recht durch Annahme einer nunmehr eingetretenen Unmöglichkeit der Unterlassung abzuschneiden? Wollte man in jenem Fall Unmöglichkeit annehmen, so würde letztere auch vorliegen, wenn umgekehrt die Dampfergesellschaft sich gegenüber der Ausstellungsgesellschaft verpflichtet hatte, an einem Werktag der betreffenden Woche, und zwar am Montag zu fahren, und wenn sie zwar nicht am Montag gefahren ist, aber nach den Umständen des Falls auch das Fahren an einem anderen Tag Interesse für den Vertragsgegner haben kann.

Daher ist nicht zuzugeben (was Planck[3] § 326 Anm. 6 annimmt), daß jedes Zuwiderhandeln gegen eine (fällige) Unterlassungspflicht die Folge hat, die Unterlassungsleistung unmöglich zu machen. Vielmehr ist ein solches Unmöglichwerden nur anzunehmen, wenn entweder durch die Zuwiderhandlung die bedungene Unterlassung nicht nur zu der bedungenen, sondern auch zu anderer Zeit unmöglich geworden ist (z. B. wenn eine Aktiengesellschaft gegenüber einem Dritten die Verpflichtung übernimmt, den Beschluß über Grundkapitalserhöhung nicht anzumelden und dennoch anmeldet), oder wenn (entsprechend der Rechtsprechung bei auf Tun gerichteten Leistungen, unten Anm. IV c 3) nach den Umständen des Falls der bedungene Zeitpunkt der Unterlassung ein in so hohem Grad wesentlicher ist, daß eine Unterlassung zu anderer Zeit eine völlig andere Leistung wäre als die im Vertrag bedungene (z. B. wenn die Ausstellung nur am 1. Juli geöffnet sein soll und die Dampfergesellschaft sich verpflichtet hatte, am 1. Juli nicht zu fahren, aber an diesem Tag dennoch gefahren ist).

Man könnte einwenden wollen, daß selbst in Fällen der letzteren Art nicht immer Unmöglichkeit vorliege, nämlich nicht im Fall einer auf längere Zeit sich erstreckenden Unterlassungspflicht (z. B. Pflicht, während der Ausstellungsdauer, vom 1. Juli bis 30. September nicht zu fahren, wenn erst während des Juli zuwidergehandelt ist) und zweitens nicht auf

den Fall einer schon vor Fälligkeit der Hauptleistung beginnenden Unterlassungspflicht (z. B. Pflicht, auch vor Fälligkeit der Lieferungspflicht eine Lieferungsweigerung zu unterlassen). Diese Einwendung wäre jedoch nicht begründet. Denn bei einer auf längere Zeit sich erstreckenden Unterlassungspflicht wird nicht bereits die ganze Leistung bei Beginn des bedungenen Unterlassungszeitraums, sondern erst nach und nach fällig; soweit sie aber fällig war, ist durch Zuwiderhandeln die Unterlassung (in dem hier vorausgesetzten Fall) unmöglich geworden; die Besonderheit besteht daher nur darin, daß hier kein Fall einer Unmöglichkeit der ganzen Leistung, sondern nur ein Fall teilweiser Unmöglichkeit vorliegt. Ähnlich bei dem zweiten obenerwähnten Fall einer schon vor Fälligkeit der Hauptleistung beginnenden Unterlassungspflicht; in solchem Fall ist nur die auf Unterlassung gerichtete Nebenverpflichtung, nicht auch die Hauptleistung unmöglich geworden.

3. Das anzuwendende Gesetz.

α. Ansicht des Verfassers. Auch ein Unterlassen ist nach dem Sprachgebrauch des BGB. möglicher Inhalt einer geschuldeten Leistung (BGB. § 241). Ohne Anhalt im Gesetz ist daher die (von Staub Pos. Vertragsverl. 9 vertretene; dagegen RG. 54 287 bezüglich des § 325 BGB.) Ansicht, daß §§ 323—326 auf Unterlassungsleistungen nicht unmittelbar anwendbar seien. Überhaupt aber bedarf es für den Fall tätlicher Vertragsverletzung keiner ausdehnenden (entsprechenden) Anwendung des BGB. § 326 (dagegen Staub Pos. Vertragsverl. 23, RG. 54 100, 57 113, 115), sondern die unmittelbare Anwendung des BGB. führt zu zufriedenstellenden Ergebnissen und ist, selbst soweit dies nicht der Fall wäre, nötig, da der Gegenstand dort lückenlos geordnet ist. Und zwar ist — soweit nicht für den betreffenden Fall der Unterlassung Sondervorschriften (z. B. möglicherweise die Gewährleistungsvorschriften) bestehen — anzuwenden BGB. § 325 bei einer vom Schuldner zu vertretenden vollständigen oder teilweisen Unmöglichkeit der Unterlassung, BGB. § 326 bei Verzug mit Unterlassung (dagegen Oertmann[2] § 325 Anm. 6, der stets § 325 anwenden will), BGB. § 361 HGB. § 376 bei Zuwiderhandlung gegen eine zu festbestimmter Zeit oder innerhalb festbestimmter Zeit zu bewirkende Unterlassung. Liegt Unmöglichkeit oder Verzug nur bezüglich einer auf Unterlassung gehenden Nebenverpflichtung vor, während die (auf Unterlassung oder auf Tun gerichtete) Hauptverpflichtung möglich bleibt, so würden nach der hier vertretenen Ansicht (unten Anm. IX b—d; dagegen Rechtsprechung des Reichsgerichts) gleichfalls die allgemeinen Regeln über Teilunmöglichkeit oder Teilverzug zur Anwendung kommen. — Soweit nach Vorstehendem BGB. § 326 zur Anwendung kommt, würde dann im BGB. der Rechtsgrundsatz zu finden sein (ähnlich Jacobi GruchotsBeitr. 50 243): Die von einer Vertragspartei zu vertretende Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrags berechtigt die andere Partei zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags oder zum Rücktritt vom ganzen Vertrag dann, aber auch nur dann, wenn (Jacobi: „und insoweit“; dagegen unten Anm. XV c 3 β) diese Partei infolge der Nichterfüllung kein Interesse hat an der Erfüllung des Vertrags.

β. Rechtsprechung des Reichsgerichts. Im Gegensatz zu der vorstehend zu α vertretenen Ansicht will das Reichsgericht in allen Fällen, in denen die dem Verletzenden obliegende Leistung nicht durch die Zuwiderhandlung unmöglich geworden ist (worunter nur Unmöglichkeit der ganzen Leistung verstanden zu werden scheint), den § 326 BGB. entsprechend anwenden, wenn (so bereits Staub Pos. Vertragsverl. 23) nach Inhalt des betreffenden Vertrags durch die erfolgte Vertragsverletzung die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird (RG. 54 100, 57 115; dahinstellend RG. 24 III 06 JW. 335[10]). Als den Vertragszweck gefährdend wird eine Vertragsverletzung angesehen, die sich mit Rücksicht auf die Natur des Vertrags und die besonderen Verhältnisse der Vertragschließenden als so wesentlich darstellt, daß dem vertragstreuen Teil die Fortsetzung des Vertrags bei billiger, auf Treu und Glauben Rücksicht nehmender Beurteilung nach den Umständen des Falls nicht zugemutet werden kann (RG. 6 III 06 JW. 300[3]). Der so aufgestellte Begriff des im Gesetz nicht enthaltenen Ausdrucks „Erreichung des Vertragszwecks gefährdend“ dürfte nicht unterscheidbar sein von dem gesetzlichen Begriff,

daß die restliche „Erfüllung des Vertrags kein Interesse für den Vertragsgegner" hat (ebenso Jacobi GruchotsBeitr. 50 242). Ist dies aber zutreffend, so wäre die Aufstellung jenes neuen Fachausdrucks überflüssig und verwirrend. — Ferner wird neuerdings in einem Urteil die Einschränkung gemacht, daß die vorerwähnte Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht für alle Gattungen von gegenseitigen Verträgen und jedenfalls nicht auf Grundstückskäufe Anwendung finde (RG. 24 III 06 JW. 335[10]); diese Unterscheidung ist aber unhaltbar, da das BGB. §§ 325, 326 nicht zwischen verschiedenen Arten gegenseitiger Verträge unterscheidet. — Endlich wollen andere neuere Urteile (so z. B. RG. 62 286) — unvereinbar mit der Rechtsprechung über tätliche Vertragsverletzung durch eine vor Fälligkeit erklärte Weigerung — die Anwendung der besonderen Grundsätze über tätliche Vertragsverletzungen auf Verträge beschränken, die auf längere Zeit abgeschlossen sind.

γ. Bei entsprechender Anwendung des § 326 BGB. würden sich nachstehende Folgerungen ergeben: Die Unterlassungsleistung muß fällig sein (oben Anm. I) wobei zu beachten, daß ihre Fälligkeit bereits früher eintreten kann als die Fälligkeit der etwa gleichzeitig bedungenen Tunsleistung und daß die Fälligkeit der Unterlassungsleistung bei nur stillschweigendem Bedingen in der Regel bereits mit dem Vertragsabschluß eintreten wird. Auf Unterlassung muß ferner gemahnt sein, außer, wenn — was in der Regel der Fall sein wird (unten Anm. III h) — der Beginn der Fälligkeit der Unterlassungsleistung nach dem Kalender bestimmt ist, oder wenn anzunehmen wäre (oben Anm. I c 3), daß die Vertragsverletzung zugleich einen Verzicht auf Mahnung enthält. Endlich muß der Unterlassungspflichtige vertretungspflichtig sein bezüglich des vertragsverletzenden Tuns (unten Anm. IV). Das Reichsgericht in dem Urteil RG. 54 100 scheint die entsprechende Anwendung des § 326 BGB. so gestalten zu wollen, daß in jedem Fall tätlicher Vertragsverletzung die Rechte aus BGB. § 326 Abs. 1 Satz 2 ohne Mahnung (dagegen RG. 53 90) und ohne Fristſtellung (dagegen RG. 11 V 06 JW. 420[3]) zustehen. Auch hierfür würde es an gesetzlichem Anhalt fehlen; denn entweder ist eine Nachholung unmöglich: dann kommt überhaupt nicht BGB. § 326, sondern BGB. § 325 zur Anwendung; oder aber Nachholung ist möglich: dann ist nicht erkennbar, warum — abgesehen vom Fall etwaigen Verzichts auf Fristſtellung — anders als bei mangelndem Erfüllungsinteresse die Fristſtellung für entbehrlich erklärt werden kann.

δ. Für vereinzelte tätliche Vertragsverletzungen bei einem auf längere Zeit abgeschlossenen Vertrag ist neuerdings das Reichsgericht zur einfachen Anwendung der Vorschriften des BGB. zurückgekehrt (RG. 11 V 06 JW. 420[3]; vgl. unten zu 4γ).

4. Einzelne Fälle tätlicher Vertragsverletzungen.

α. Vor Fälligkeit erklärte Leistungsweigerung. Durch die Erklärung der Leistungsweigerung wird die Unterlassung dieser Erklärung unmöglich. Denn (Planck[3] § 326 Anm. 6) Geschehenes kann nicht ungeschehen gemacht werden. Möglich bleibt allerdings die Zurücknahme der Erklärung; doch berührt dies nicht die hier erörterte Frage, und es kann zweifelhaft sein, ob einer solchen einseitig erklärten Zurücknahme Wirkungen auch nur für die Zukunft beizulegen sind. Die Verpflichtung, Leistungsweigerung zu unterlassen, ist aber nur eine Nebenverpflichtung; wird sie verletzt, so tritt bezüglich der geschuldeten Hauptleistung weder Unmöglichkeit noch Verzug ein (abw. RG. 57 113, wonach in solchem Fall auf die Hauptleistung BGB. § 326 entsprechend anzuwenden). Welche sonstigen Wirkungen eintreten, vgl. oben Anm. I c.

β. Bewirkung einer mangelhaften Leistung statt der geschuldeten mangellosen. Dieser Sonderfall ist in Ansehung des Kaufs und der verwandten Schuldverhältnisse geregelt durch die Gewährleistungsvorschriften des BGB. Hiermit unvereinbar ist die Zulassung noch anderer Rechtsbehelfe aus dem Gesichtspunkt tätlicher Vertragsverletzung (Dernburg DJZ. 03 2, Kipp DJZ. 03 253). Eine hiervon verschiedene Frage ist, ob in einigen der Fälle, in denen Gewährleistungsansprüche bestehen, auch Rechte aus Leistungsverzug geltend gemacht werden können; hierüber oben Anm. II d 3.

γ. Mangelhafte Leistung einiger Raten beim Ratenleistungsgeschäft. Auch dieser Fall wird als tätliche Vertragsverletzung angesehen (so Staub aaO., RG. 57 115, Müller GruchotsBeitr. 50 535.) Zu beachten ist jedoch, daß die Mangelhaftigkeit hier nicht insoweit, als sie in Ansehung der bereits geleisteten Raten Rechte gibt, in Betracht kommen kann (oben zu β), sondern nur insoweit sie bezüglich der ausstehenden Raten Rechte gibt; ferner, daß bei Unterbleiben der Leistung einiger Raten (über diesen Fall vgl. unten Anm. XVc 3) tätliche Vertragsverletzung nicht in Frage kommt, und daß bei Mangelhaftigkeit nach hier vertretener Ansicht (Anhang zu § 377 Anm. IXb 2γ) dem Käufer, auch ohne daß man auf tätliche Vertragsverletzung zurückgreift, das Wandlungsrecht auch bezüglich der ausstehenden Raten schon vor deren Ablieferung in allen Fällen zusteht, in denen er ein Interesse hieran haben kann. Daher würde das durch Annahme tätlicher Vertragsverletzung nach Ansicht des Reichsgerichts zu begründende Rücktrittsrecht aus BGB. § 326 tatsächlich kaum je in Frage kommen, und dann wäre ferner zweifelhaft, ob billigerweise dem Käufer ein weitergehendes Recht eingeräumt werden darf, wenn der Verkäufer einige Raten mangelhaft, als wenn er sie gar nicht liefert, und ob nicht daher (unten Anm. XVc 3; streitig) die Rechte aus BGB. § 326 bei mangelhafter Lieferung nur dann zu gewähren wären, wenn der Käufer infolgedessen kein Interesse an Erfüllung des ganzen Vertrags hat. — Wegen vereinzelter vertragswidriger Lieferungen hat der Käufer nicht das Recht, sofort vom ganzen Vertrag zurückzutreten, sondern nur das Recht, wegen der betreffenden Raten Gewährleistungs- oder Verzugsansprüche geltend zu machen (RG. 11 V 06 JW. 420[3]), außer wenn schon wegen der Vertragswidrigkeit der einzelnen Rate die Voraussetzungen des BGB. § 326 Abs. 2 vorliegen. Nach RG. 11 V 06 JW. 420[3] hat bei nur vereinzelter Vertragswidrigkeit der Käufer die Rechte, 1. Annahme zu verweigern und a. Ersatzlieferung zu fordern (BGB. § 480) oder b. sofern es zur ordnungsmäßigen Fortführung des Gewerbes erforderlich, ohne Fristbestimmung sich zu decken und Nichterfüllungs-Schadensersatz zu fordern (BGB. § 326 Abs. 2); oder 2. Wandlung oder Preisminderung zu verlangen (BGB. § 462); diese Zusammenstellung ist jedoch namentlich insoweit nicht als ganz zutreffend anzuerkennen, als (vgl. Anhang zu § 377 Anm. VIa) darin der ursprüngliche Erfüllungsanspruch mit dem Ersatzlieferungsanspruch zusammengeworfen ist.

δ. Leistung einer anderen Sache als der bestellten Sache. Auch hierin könnte man eine tätliche Vertragsverletzung finden wollen. Indessen wird wohl auch für diesen Tatbestand dessen Beurteilung aus dem Gesichtspunkt einer Verletzung der Unterlassungsleistung abzulehnen sein. Welche Rechte in solchem Fall gegeben sind, vgl. oben Anm. IId 1.

ε. Sonstige Beispiele. Eine tätliche Vertragsverletzung liegt auch in dem Tun einer Partei, durch das zwar nicht die Leistung der Gegenpartei, aber die vereinbarte Art der Preisfeststellung unmöglich gemacht wird (RG. 54 99). Ebenso in Aufhebung der bisherigen Verfassung der Vertragspartei (z. B. liquidationslose Auflösung der oHG.), wenn nach Inhalt des einzelnen Vertrags die Gegenpartei eine solche Änderung nicht zu dulden braucht (§ 158 Anm. IIb). Auch in einem unmittelbaren Verkauf erheblichen Umfangs an einen Kunden in dem Bezirk, für welchen der Gegenpartei der Alleinverkauf übertragen war (RG. 7 X 04 HoldheimsMSch. 05 49). Ebenso darin, daß der Käufer beim Ratenleistungsgeschäft anderwärts bezogene minderwärtige Ware an Dritte unter dem Vorgeben weiterverkauft, daß diese Ware von dem Ratenleistungs-Verkäufer herrühre (RG. 6 III 06 JW. 300[4]).

III. **Mahnung.**

a. **Maßgebend ist BGB. § 284:**

„Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung steht die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gleich.

Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet. Das Gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt."

b. **Mahnung ist hiernach, außer wenn die Ausnahme des § 284 Abs. 2 BGB. vorliegt, erforderlich,** um den Schuldner in Verzug zu bringen. Dies gilt auch bei beiderseitigen Handelsgeschäften; nur bezüglich einer einzelnen Wirkung, die in der Regel erst an das Eintreten des Verzugs anknüpft, bezüglich des Beginns der Zinspflicht, bestimmt HGB. § 353 für beiderseitige Handelsgeschäfte etwas Abweichendes. — Bestimmt erklärte Weigerung künftiger Leistung macht jedoch nach herrschender Meinung die Mahnung überflüssig (oben Anm. Ic, RG. **54** 359, **57** 113, RG. 26 XI 01 JW. **02** 29[23]). — Der Mahnung steht Leistungsklage oder Zahlungsbefehl gleich (BGB. § 284 Abs. 1 Satz 2); nicht auch Feststellungsklage. Ist Leistungsklage vor Fälligkeit erhoben, so steht der Mahnung gleich die Fortsetzung des Verfahrens nach Fälligkeit (Rechtsprechung zusammengestellt bei Dernburg[3] 2 § 71 Anm. 13). — Durch Rücknahme der Mahnung erlischt der Verzug des Schuldners (Kipp in Festg. f. Koch 123). — Über die Frage, ob Mahnung auch im Fall des BGB. § 326 Abs. 2 und im Fall des HGB. § 376 bei anders als kalendermäßig fest bestimmter Zeit entbehrlich ist, vgl. § 376 Anm. Va.

c. **Bestehen einer Gegenleistungspflicht.** Die Mahnung enthält die Aufforderung an den Vertragsgegner, daß er erfüllen solle. Hierbei ist im Zweifel selbstverständlich, daß der Auffordernde seinerseits bereit ist, einer etwaigen Gegenverpflichtung nachzukommen. Er braucht dies daher nicht ausdrücklich hervorzuheben (ebenso Planck[3] § 284 Anm. 4d, Dernburg[3] 2 § 71 II 2c, Düringer-Hachenburg 2 126, Lehmann Nr. 17, vgl. RG. **56** 176; dahingestellt RG. **50** 259; vgl. RG. **48** 40; abweichend Staub S. 1274 Fußnote 1, der zu Unrecht die Fragen zusammenwirft, ob Anbieten der Gegenleistung zur Mahnung, oder ob sie zur Fälligkeit erforderlich; über letzteres oben Anm. If). Erst wenn der Schuldner dann seinerseits die Leistung anbietet, muß auch der Gläubiger seine Gegenleistung anbieten (BGB. § 298). So bei Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug oder gegen Sicherheitsleistung. Quittung braucht der Gläubiger dem seine Leistung anbietenden Schuldner nur anzubieten, wenn dieser sie verlangt (BGB. § 368).

d. **Keine Form** ist für die Mahnung vorgeschrieben; die Mahnung braucht keine ausdrückliche zu sein (RG. **50** 261). Sie liegt im Zusenden einer quittierten, aber an sich nicht im Zusenden einer unquittierten Rechnung (Dernburg[3] 2 § 71 II 2c, Düringer-Hachenburg 2 124). Sie kann in den die Fälligkeit begründenden Handlungen mitenthalten sein, z. B. in dem tätlichen Anbieten der Zug um Zug gegen die geforderte Leistung geschuldeten Gegenleistung (RG. **50** 261). Ebenso in einer Fristsetzung unter aufschiebend bedingter Leistungsablehnung (unten Anm. XVIe). Ebenso in einer Anfrage, ob die fällige Leistung erfolgt sei (Bolze 7 Nr. 459). Abruf ist an sich nur Fälligmachung (oben Anm. Ia); ob darin zugleich Mahnung liegt, kann nur nach den besonderen Umständen des Einzelfalls entschieden werden (abweichend Düringer-Hachenburg 2 130). — Die Mahnung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung (vgl. unten Anm. XVId). Sie kann nicht nur auf Zahlung zu sofort, sondern auch auf Zahlung zu einem späteren Zeitpunkt gerichtet werden (Dernburg[3] 2 § 71 Anm. 9; abweichend Planck[3] § 284 Anm. 4f, der verlangt, daß der spätere Zeitpunkt kalendermäßig bestimmt sei); auch darf sie aufschiebend bedingt sein (Staub Exk. zu § 374 Anm. 12; dagegen Planck[3] § 284 Anm. 4g, Düringer-Hachenburg 2 126); beides enthält nur etwas Minderes als die zulässige Mahnung zu sofortiger Zahlung.

e. **Abweichung des Geforderten vom Geschuldeten.** Die Mahnung enthält nach dem gewöhnlich mit dem Wort verbundenen Sinn ein gegenüber dem Schuldner erfolgtes Erinnern an die Fälligkeit seiner Schuld. Kein Erfordernis ist, daß in allen Einzelheiten genau in der Mahnung wiederholt wird, worin jene Schuld besteht, z. B. nach Betrag, Leistungszeit, Leistungsort usw. Daher ist die Mahnung auch dann wirksam, wenn Einzelheiten angegeben werden, aber das so Geforderte von dem wirklich Geschuldeten abweicht (ROH. **16** 201), es

sei denn, daß der Mahnende erkennen läßt, daß er anderes als er fordert, an anderem Ort, oder zu anderer Zeit, nicht annehmen will (Dernburg[3] 2 § 71 bei Anm. 12, Düringer-Hachenburg 2 125, Staub Exk. zu § 374 Anm. 12, Planck[3] § 284 Anm. 4e). Ist insbesondere die Mahnung auf zuviel gerichtet, so wirkt sie, insoweit das Geforderte sich mit dem Geschuldeten deckt (Planck[3] § 284 Anm. 4c, OLG. Kiel 18 IV 01 OLGRsp. 2 439; einschränkend Paech Leistungsverzug 63; vgl. ROH. 21 133, RG. 9 141), außer falls der Mahnende erklärt, daß er das wirklich Geschuldete allein, da es nur Teilleistung sei, nicht annehmen wolle (ROH. 9 271, 18 276).

f. **Zeit der Mahnung.** Aus BGB. § 284 ist zu entnehmen, daß nur diejenige Mahnung wirksam ist, die „nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgt". Eine vor Fälligkeit erfolgte Mahnung ist daher auch dann unwirksam, wenn zweifellos ist, daß der Wille des Gläubigers, die Leistung zu verlangen, nach Fälligkeit fortbesteht (Dernburg[3] 2 § 71 Anm. 8, Düringer-Hachenburg 2 123, Staub Exk. zu § 374 Anm. 12). Anders nur, wenn, wie dem Empfänger erkennbar, die Mahnung so abgesendet war, daß sie bei der vom Absender vorauszusetzenden nicht außergewöhnlichen Beschleunigung dem Empfänger erst nach Fälligkeit hätte zugehen müssen (RG. 50 262). — Zulässig ist jedoch eine Mahnung, die sich unmittelbar an die Fälligmachung anschließt, mithin die Verbindung der Mahnung mit der die Fälligkeit begründenden Rechtshandlung (RG. 50 261). Über die Zulässigkeit einer Verbindung der Mahnung mit einer Fristsetzung vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVIe.

g. **Keine Mahnung, wenn Leistungszeit nach Kalender bestimmt** oder so, daß sie sich von der erforderlichen Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt (BGB. § 284 Abs. 2). Unerheblich ist, ob die Bestimmung durch Gesetz, ob durch Rechtsgeschäft oder durch Urteil erfolgt ist (Planck[3] § 284 Anm. 6, Dernburg[3] 2 § 71 bei Anm. 20). Keine genügende Bestimmtheit in diesem Sinn liegt vor bei einer Vereinbarung, daß „in den ersten Tagen des Juli 1871" zu erfüllen sei; Mahnung bleibt daher in solchem Fall erforderlich (ROH. 14 34). Nicht erforderlich ist, daß das Datum bestimmt angegeben ist; vielmehr genügt, daß sich dies Datum sofort aus der Festsetzung berechnen läßt, z. B. „lieferbar zwei Wochen vor Weihnachten" oder „an Kaisers Geburtstag" (Düringer-Hachenburg 2 129, Planck[3] § 284 Anm. 6). Ist als Anfang der Frist, binnen welcher die Leistung erfolgen soll, der Zeitpunkt bestimmt, in welchem ein Ereignis eintreten wird, und ist der letztere Zeitpunkt nicht kalendermäßig bestimmt, so findet — außer wenn jenes Ereignis die Kündigung ist — BGB. § 284 Abs. 2 keine Anwendung, so daß Mahnung erforderlich bleibt (Planck[3] § 284 Anm. 6). So z. B., wenn Zahlung am Ende jeder Empfangswoche (RG. 60 84) oder 14 Tage nach künftiger Lieferung vereinbart ist. Dagegen ist keine Mahnung erforderlich, wenn „Zahlung binnen zwei Monaten" oder wenn nach Erteilung der Rechnung „Zahlung binnen 14 Tagen nach dem Datum der Rechnung" vereinbart ist. Ebensowenig, wenn bei einer in gleichmäßigen Monatsmengen zu bewirkenden Lieferung „Zahlung am zehnten des den monatlichen Lieferungen folgenden Monats" bedungen ist (RG. 53 12).

h. **Auf Unterlassung gerichtete Leistung.** Bezüglich einer solchen Leistung macht BGB. § 284 keine Ausnahme von der Notwendigkeit einer Mahnung. Die Mahnung zum Unterlassen wird daher in den seltenen Fällen erforderlich sein, in denen weder die Unterlassungsleistung durch das bisherige gegenteilige Tun unmöglich geworden, noch der Anfangstermin des vereinbarten Unterlassens nach dem Kalender bestimmt ist, sei es durch Verabreden eines künftigen Zeitpunkts, sei es durch Bezugnahme auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

IV. **Vertretungspflicht** des Schuldners bezüglich des Grunds des Nichtleistens.

a. **Hierüber bestimmt BGB. § 285:**

> „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, so lange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat."

Aus dieser Fassung geht zugleich hervor, daß nicht der Gläubiger das Vorliegen des obigen Merkmals zu behaupten braucht, sondern daß es Sache des Schuldners ist, sein Nichtvorliegen einredeweise darzutun. — Nicht zutreffend wäre die Umkehrung des § 285 BGB. dahin, daß der Schuldner in Verzug komme, wenn die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er zu vertreten hat. So kommen insbesondere, wenn die Leistung infolge eines

vom Schuldner zu vertretenden Umstands unmöglich wird, nicht die Vorschriften über den Leistungsverzug, sondern diejenigen des BGB. § 325 zur Anwendung (oben Anm. I e).

b. **Voraussetzungen der Vertretungspflicht.**

1. Verschulden; Fälle einer Vertretungspflicht ohne Verschulden. Zu vertreten ist vom Schuldner bei Handelskauf stets Vorsatz (BGB. § 276) und — wenn nicht etwas Gegenteiliges vereinbart — Fahrlässigkeit (BGB. § 276), wobei auf seiten der beteiligten Kaufleute als Fahrlässigkeit die Nichtbeobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns gilt (HGB. § 347 Abs. 1). Das hier behandelte Merkmal des Leistungsverzugs wird daher nicht selten kurz als das Merkmal „schuldhafter Unterlassung der Leistung" bezeichnet (vgl. z. B. Staub Exk. zu § 374 Anm. 10, 41). Doch ist dies ungenau. Denn einerseits liegt, wie bereits erwähnt, kein Leistungsverzug vor, wenn das Nichtleisten zwar auf schuldhafter Fahrlässigkeit des Schuldners beruhte, der Schuldner aber vertraglich von Vertretung einer Fahrlässigkeit befreit war. Und andererseits liegt Leistungsverzug vor, wenn das Nichtleisten zwar nicht vom Schuldner verschuldet war, aber
   α. entweder vertraglich der Schuldner übernommen hatte, auch Zufall zu vertreten;
   β. oder (BGB. § 278) die Nichtleistung auf dem Verschulden des gesetzlichen Vertreters des Schuldners oder auf dem Verschulden derjenigen Personen beruht, deren der Schuldner sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, insoweit nicht die Pflicht, ein Verschulden dieser Personen zu vertreten, vertraglich ausgeschlossen ist;
   γ. oder (BGB. § 279) — soweit nichts Gegenteiliges vereinbart — der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt war und trotz etwaigen Leistungsunvermögens des Schuldners die Leistung aus der Gattung möglich geblieben ist (unten zu c).

2. Vertretungspflichtige Herbeiführung eines Unvermögens zur Leistung. Zu vertreten ist vom abnahmepflichtigen Käufer das Nichtabnehmen, wenn es darauf beruht, daß wegen freiwilliger Betriebsänderung, z. B. Verkauf des Geschäfts, die gekaufte Ware nicht mehr für ihn verwendbar ist; die Abnahme wird hierdurch nicht unmöglich (vgl. Str. 24 302, RG. 41 102). Hat bei einem Ratenleistungsgeschäft der Käufer eine größere Zahl von Raten schuldhaft nicht abgenommen, und kann er die so aufgesammelte Menge der Ware nicht auf einmal zu dem ursprünglich beabsichtigten Zweck verwenden, so liegt doch hierin keine Unmöglichkeit der Abnahme (Bolze 7 Nr. 575, 8 Nr. 186; dagegen Bolze 5 Nr. 677). Ebenso ist vom lieferungspflichtigen Verkäufer das Nichtliefern zu vertreten, wenn er sich freiwillig hierzu außer stand gesetzt hat, z. B. durch Aufgeben der Fabrik, in welcher die zu liefernden Waren gefertigt, durch Verkauf oder Verpachtung des Bergwerks, aus dem die zu liefernden Waren gewonnen werden (RG. 48 315; ob anders beim Agenturvertrag, vgl. § 92 Anm. III a), durch willkürliche Veräußerung des zu liefernden Gegenstands an einen Dritten, außer wenn der Veräußerer sich zum Rückerwerb bereit erklärt und der Dritte zur Rückveräußerung bereit ist (RG. 52 95). Zu vertreten vom Verkäufer ist auch ein vor Ablieferung der Sache an den Käufer erfolgter Zwangsverkauf der Sache, wenn zwar dieser Zwangsverkauf hätte abgewendet werden können, falls der Käufer rechtzeitig gezahlt hätte, dieser aber mit Recht wegen Sachmangels Zahlung abgelehnt hatte (RG. 59 155).

3. Vertretungspflicht bei Irrtum über Vertragsinhalt. Nicht zu vertreten ist unverschuldete Unkenntnis von dem Bestehen einer Schuld überhaupt oder unverschuldeter Irrtum über ihren näheren Inhalt (Dernburg[3] 2 § 71 bei Anm. 25); bei begründetem Zweifel über das Zustandekommen des Vertrags darf daher bis zur Aufklärung die Leistung eingestellt werden (RG. 36 43). Dagegen entschuldigt nicht jeder Irrtum (RG. 36 43, RG. 14 XI 94 JW. 95 25[78], Bolze 19 Nr. 546).

c. **Insbesondere Unvermögen zur Leistung einer Gattungsschuld.** Über die Folgen einer Unmöglichkeit der Leistung vgl. oben Anm. I e.

1. Maßgebend ist BGB. § 279:

   „Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt."

Unter „möglich“ ist die objektive Unmöglichkeit, unter „Unvermögen“ das subjektive Außerstandsein des Schuldners zur Leistung verstanden (vgl. BGB. § 275). Der § 279 BGB. behandelt nur den Fall des Unvermögens; über den Fall der Unmöglichkeit vgl. oben Anm. Ie. Bestritten ist, ob § 279 BGB. sich nur auf dasjenige Unvermögen bezieht, das darauf beruht, daß der Schuldner keine Gattungssachen der geschuldeten Art zur Verfügung hat (so mit Recht Dernburg[3] 2 § 62 II 3, Goldmann-Lilienthal[2] § 85 IV 1 a β, Planck[3] Anm. 3, Oertmann[2] § 279 Anm. 3), oder auch auf rein persönliche Verhinderungen des Schuldners, wie z. B. wenn er unmittelbar nach Kaufabschluß schwer erkrankt, bevor er geeignete Anordnungen behufs rechtzeitiger Leistung treffen konnte (so CosackBR. § 101 III 2); folgt man der ersteren Ansicht, so ist in letzterem Fall nicht die Ausnahmebestimmung des § 279, sondern die Regel des § 275 Abs. 2 anwendbar (unten Anm. VI a 2 α), d. h. die Folgen einer beiderseits unverschuldeten Unmöglichkeit (BGB. § 323) treten ein. Bestritten ist ferner, ob BGB. § 279 nur auf dauerndes Unvermögen zur Leistung zu beziehen ist (so Dernburg[3] 2 § 71 bei Anm. 26, Düringer-Hachenburg 2 135, vgl. RG. 17 V 05 JW. 389[6]) oder auch auf Verzögerung der Leistung infolge vorübergehenden Unvermögens (so CosackBR. § 105 I 3, Planck[3] § 284 Anm. 7 f); der letzteren Ansicht ist beizutreten, da Fälle eines als dauernd von vornherein erkennbaren Unvermögens trotz beibleibender Möglichkeit der Erfüllung von Gattungsschulden fast nie vorkommen werden, sodaß bei einschränkender Auslegung der § 279 BGB. fast ganz gegenstandslos würde.

2. Zahlungsschuld des Käufers. Auch diese Zahlungsschuld ist eine Gattungsschuld, da sie auf Leistung von Geld geht; sie unterliegt daher dem § 279 BGB. Hieraus folgt, daß der Käufer auch dann mit Zahlung in Verzug kommt, wenn das Nichtleisten auf dem Umstand beruht, daß er — wenngleich ohne Verschulden — kein Geld hat (Planck[3] § 279 Anm. 1; ebenso, jedoch ohne Bezugnahme auf § 279, Dernburg[3] 2 § 60 bei Anm. 9) oder wenn in dem Regelfall des BGB. § 270 das von ihm abgesandte Geld — wenngleich ohne sein Verschulden (z. B. infolge Unterschlagung der Postsendung) — nicht bei dem Verkäufer eingeht (Staub Exk. zu § 374 Anm. 10).

3. Übergabeschuld des Verkäufers.

   α. Abgrenzung der Unmöglichkeit vom Unvermögen. Ausstand, Unterbrechung der Beförderungswege, Wagenmangel, Zerstörung der Herstellungs- oder Förderungsstätte durch Feuer oder Wasser bewirken in der Regel nur Unvermögen, nicht Unmöglichkeit der Leistung einer Gattungsschuld (ROH. 5 401, 9 123, RG. 29 III 04 JW. 286[5], Staub Exk. zu § 374 Anm. 41), außer wenn die betreffende Gattung laut Vertrag so eng umschrieben ist, daß jene Hindernisse die ganze Gattung ergreifen (ROH. 7 387). So liegt z. B. Unmöglichkeit vor, wenn bedungen ist, daß die gekauften Waren gerade in der betreffenden, demnächst abgebrannten Fabrik hergestellt sein müssen (vgl. ROH. 9 335), außer wenn dort früher hergestellte Waren anderwärts beschaffbar sind (RG. 57 118). Der Unmöglichkeit gleich steht der Fall, daß die anderweite Beschaffung von Gegenständen der fraglichen Art oder die (an sich zu fordernde) vorbeugende oder nachträgliche Beseitigung der entgegenstehenden Hindernisse mit so außergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist, daß diese Schwierigkeiten nach der Auffassung des Verkehrs der Unmöglichkeit gleichgeachtet werden (BGB. §§ 157, 242, Planck[3] § 279 Anm. 1, RG. 57 119; vgl. HGB. § 346), billigerweise also dem Verkäufer deren Beseitigung nicht zugemutet werden kann (RG. 57 118). Ein Ausstand ist daher nur dann nicht zu vertreten, wenn bei Beobachtung genügender Sorgfalt (BGB. § 276; vgl. HGB. § 347) der Ausstand oder dessen Einfluß auf das Vermögen zur Lieferung nicht ohne so schwierige oder kostspielige Vorkehrungen voraussehbar oder abwendbar war, daß sie nach Verkehrsauffassung als unausführbar erachtet werden (vgl. RG. 28 223). — Die Frage, ob durch unvorhergesehene Erhöhung bestehender Steuern oder Zölle ein der Unmöglichkeit nach Verkehrsanschauung gleichstehendes Unvermögen herbeigeführt und mithin der Verkäufer von seiner Übergabeverpflichtung frei wird (für Verneinung Staub Exk. zu § 374 Anm. 41 und nach gemeinem Recht RG. 21 180; für

Bejahung, falls Änderung erheblich, nach preußischem Recht RG. 22 85, Bolze 7 Nr. 566—568, 8 Nr. 346, 11 Nr. 398), ist wohl nicht allgemein entscheidbar; auch hier wird es darauf ankommen, ob die Mehrbelastung des Verkäufers durch Steuern oder Zölle im Einzelfall unvermeidbar und eine so hohe ist, daß sie nach der Verkehrsanschauung die Grenzen der von ihm übernommenen Gefahr der Preisschwankungen überschreitet (vgl. RG. 22 88).

β. Vorübergehende Unmöglichkeit. Entsprechendes wie bei andauernder Unmöglichkeit gilt auch für den Fall, daß nicht eine Unmöglichkeit, überhaupt zu leisten, sondern nur eine Unmöglichkeit, rechtzeitig zu leisten, besteht, die Unmöglichkeit also nur zu einer Verzögerung der Leistung führt. Nur solange jene außergewöhnlichen Schwierigkeiten bestehen, tritt kein Leistungsverzug ein. Die erzwungene Verzögerung wird jedoch zur dauernden Unmöglichkeit, wenn sie solange währt, daß die Zeit, während deren die Leistung noch bewirkt werden darf, vor Hebung des Hindernisses abläuft (RG. 9 II 04 JW. 170[11]). Doch endet diese Zeit bereits mit der im Vertrag bestimmten Lieferzeit nur bei Fixgeschäften (ROH. 10 294, § 376 Anm. II a 3 α); bei Nichtfixgeschäft erst, wenn die zeitweilige Unmöglichkeit solange angehalten hat, daß nach Inhalt des betreffenden Vertrags die nachträgliche Leistung nicht mit der mutmaßlich bei Abschluß vorhandenen Absicht der Parteien verträglich wäre (ROH. 8 154, 9 2, 10 295, RG. 1 64, Bolze 14 Nr. 449 i).

γ. Annahmeverzug des Käufers beseitigt die Vertretungspflicht des Verkäufers für Leistungsunvermögen unter den Voraussetzungen des BGB. § 300 Abs. 2 (HGB. § 373 Anm. IX c 1); dagegen ändert Abnahmeverzug für sich allein nicht jene Vertretungspflicht des Verkäufers (RG. 57 405).

4. Abnahmeschuld des Käufers. Auch diese Schuld kann unter Umständen Gattungsschuld sein. So, wenn der Käufer eine von ihm auszusondernde bestimmte Menge abzunehmen hat. Über die Frage, wann Unmöglichkeit und wann nur Unvermögen zur Abnahme vorliegt, gilt hier Entsprechendes wie bezüglich der Übergabeschuld des Verkäufers. Erfüllung der Abnahmeverpflichtung kann infolge Verzögerung unmöglich werden, z. B. wenn inzwischen die abzunehmende Sache untergeht; so bei bestehender Verpflichtung zur Abnahme von Eis (Bolze 2 Nr. 1017).

B. Verzug des Verkäufers.

V. Allgemeines über Verpflichtungen und Verzugsfolgen.

a. Maßgebend ist BGB. §§. 440, 441:

§ 440. „Erfüllt der Verkäufer die ihm nach den §§ 433 bis 437, 439 obliegenden Verpflichtungen nicht, so bestimmen sich die Rechte des Käufers nach den Vorschriften der §§ 320 bis 327.

Ist eine bewegliche Sache verkauft und dem Käufer zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben worden, so kann der Käufer wegen des Rechtes eines Dritten, das zum Besitze der Sache berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangen, wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat oder sie dem Verkäufer zurückgewährt oder wenn die Sache untergegangen ist.

Der Herausgabe der Sache an den Dritten steht es gleich, wenn der Dritte den Käufer oder dieser den Dritten beerbt oder wenn der Käufer das Recht des Dritten anderweit erwirbt oder den Dritten abfindet.

Steht dem Käufer ein Anspruch auf Herausgabe gegen einen Anderen zu, so genügt an Stelle der Rückgewähr die Abtretung des Anspruchs."

§ 441. „Die Vorschriften des § 440 Abs. 2 bis 4 gelten auch dann, wenn ein Recht an einer beweglichen Sache verkauft ist, das zum Besitze der Sache berechtigt."

Auf die Verpflichtung zur Besitzverschaffung bezieht sich von den in § 440 Abs. 1 angezogenen §§ 433—437, 439 BGB. nur:

BGB. § 433 Abs. 1. „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer eines Rechtes ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben."

Auf die Verpflichtung zur Rechtsverschaffung beziehen sich außer dem angeführten § 433 Abs. 1 auch die §§ 434—437, 439 BGB., doch kommen für einen Kauf von Waren oder Wertpapieren nur in Betracht:

BGB. § 434. „Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können."

BGB. § 437. „Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes.

Der Verkäufer eines Wertpapiers haftet auch dafür, daß es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist."

BGB. § 439. „Der Verkäufer hat einen Mangel im Rechte nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufs kennt.

. . . ein Pfandrecht hat der Verkäufer zu beseitigen, auch wenn der Käufer die Belastung kennt . . ."

b. **Die zwei Hauptverpflichtungen des Verkäufers.**

1. Allgemeines. Nach BGB. § 433 Abs. 1 hat der Käufer erstens das verkaufte Recht (bzw. Eigentum) zu verschaffen und zweitens — falls das Recht zum Besitz der Sache berechtigt — auch diesen Besitz zu verschaffen. Da auch das Eigentum ein Recht in weiterem Sinn ist und gleichfalls zum Besitz einer Sache berechtigt, so braucht für die Frage des Verzugs des Verkäufers nicht zwischen Satz 1 und Satz 2 des BGB. § 433 Abs. 1 unterschieden zu werden. Bezüglich jeder einzelnen der obigen beiden Verpflichtungen kann ein Verzug eintreten; ebenso bezüglich beider zugleich. Liegt nur bezüglich einer jener Verpflichtungen Verzug vor, so sind die Grundsätze über teilweise Nichtleistung zur Anwendung zu bringen (unten Anm. XIV; ebenso Düringer-Hachenburg 3 74 und für einen der hierhergehörigen Fälle, die Nichtbeseitigung eines Rechtsmangels, Dernburg[3] 2 § 181 Anm. 1; vgl. auch Staub § 377 Anm. 36, Planck[3] § 320 Anm. 3, 4). Ebenso, wenn im Einzelfall der Verkäufer außer jenen beiden Hauptverpflichtungen noch Nebenverpflichtungen übernommen hat — z. B. die Verpflichtung, dem Käufer den Alleinvertrieb innerhalb eines bestimmten Bezirks zu gewähren und eigenen Mitbewerb dort zu unterlassen (vgl. RG. 54 273, 287), die Verpflichtung zur Aufstellung und Probung einer zu liefernden Maschine oder die Verpflichtung, zu gunsten des Käufers in Blättern Anzeigen zu machen —, wenn der Vertrag als ein sich gegenseitig bedingendes Ganzes anzusehen ist, und wenn dann der Verkäufer nur bezüglich der Nebenverpflichtung in Verzug gerät (dagegen herrschende Meinung, außer wenn im Einzelfall jene anderweite Verpflichtung eine Hauptverpflichtung; vgl. unten Anm. IXc 1, d, XIII ff.); ebenso auch bezüglich der gesetzlichen Nebenverpflichtung zur Auskunfts- und Urkundenerteilung (BGB. § 444). Über Geringfügigkeit der Zuwenigleistung vgl. oben Anm. IIc 3. Über Nichtbeseitigung eines zum Besitz der Sache berechtigenden Rechts eines Dritten vgl. unten Anm. Vd.

2. Verkauf von Rechten, die nicht zum Besitz einer Sache berechtigen, insbesondere. Bei einem solchen Verkauf besteht keine Besitzverschaffungspflicht; mithin kann bei ihnen auch kein Besitzverschaffungsverzug vorkommen. Anders nur bei verbrieften Forderungen. Verbriefte Forderungen fallen zwar an sich wohl nicht unter den Fachausdruck „Recht, das zum Besitz einer Sache berechtigt"; soweit indessen die Urkunde Zubehör der Forderung ist (BGB. § 952; vgl. HGB. § 222 Anm. IVa 1), und da (nach dem auf Rechte entsprechend anzuwendenden BGB § 314) im Zweifel die Veräußerung sich auf das Zubehör erstreckt, so wird Besitzverschaffungsverzug hinsichtlich der Nebenverpflichtung anzunehmen sein, solange nicht entweder die Urkunde übergeben oder die Übergabe dem

Verkäufer erlassen, oder die verbriefte Forderung trotz mangelnder Urkunde wirksam eingezogen, oder eine Zusage des Verpflichteten an Erfüllungsstatt angenommen ist.

c. **Insbesondere die Besitzverschaffungspflicht.**

1. „Übergeben" der Sache ist die Pflicht des Verkäufers. Also körperliche Übergabe (Planck[3] § 433 Anm. 6a) oder (anders ausgedrückt) Verschaffung des unmittelbaren Besitzes (Staub Exk. zu § 374 Anm. 35; dagegen Düringer-Hachenburg 3 19, die außer „Übergabe" auch „Ablieferung" fordern, trotzdem doch nur erstere in § 433 erwähnt ist und daher die letztere mitumfassen muß). Bei Versendungskauf ist jedoch diese Besitzverschaffungspflicht begrenzt durch BGB. § 447, wonach, falls Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort versendet, die Gefahr auf den Käufer übergeht, sobald der Verkäufer die Sache dem Speditör, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat. In solchem Fall hat daher der Verkäufer seiner Besitzverschaffungspflicht schon dadurch genügt, daß er an seinem Wohnsitz bezw. Niederlassungsort die Ware dem Beförderer behufs Übermittelung an den Käufer übergibt (RG. 49 76, 59 23). Er haftet aber für einen Mangel an Sorgfalt bei dieser Übergabe an den Beförderer, z. B. für fehlerhafte Ausfüllung des Frachtbriefs (OLG. Marienwerder 17 IV 03 OLGRspr. 8 57).
2. Besitzvertrag (constitutum possessorium). Wird die Übergabe durch Schließung eines Besitzvertrags zwischen Käufer und Verkäufer ersetzt, so liegt hierin ein Erlaß der Übergabe, und der Verkäufer wird der aus dem Kauf folgenden Übergabepflicht ledig (abw. Düringer-Hachenburg 3 18). Weigert er demnächst die Aushändigung, so liegt hierin nicht mehr Verzug seiner Verpflichtung aus dem Kauf, sondern (möglicherweise) Verzug aus dem anderweiten bei Schließung des Besitzvertrags vereinbarten (BGB. § 930) Rechtsverhältnis (RG. 33 24, vgl. Staub aaO. Anm. 36). Durch einen erst nach Übergabe an den Käufer vereinbarten Eigentumsvorbehalt wird die erfolgte Übergabe nicht rückwärts ungeschehen gemacht (RG. 49 172); unter welchen Umständen hierin eine nunmehr erfolgende Rückübertragung des Eigentums gefunden werden kann, vgl. § 366 Anm. IIIb. — Solange kein Besitzvertrag geschlossen, hat bis zur Übergabe der Verkäufer auf Grund des Kaufs die Verwahrungspflicht (Planck[3] § 433 Anm. 6a).
3. Abtretung des Herausgabeanspruchs. Da durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nur mittelbarer Besitz übertragen wird (BGB. § 870), so genügt sie nicht, um die Besitzverschaffungspflicht des Verkäufers, die auf Verschaffung unmittelbaren Besitzes geht, zu erfüllen, außer wenn z. B. der Käufer die weitergehende Verpflichtung erläßt oder eine Erklärung des Herausgabepflichtigen, daß er künftig für den Käufer besitze, an Erfüllungsstatt annimmt. Wird daher der Herausgabepflichtige nicht rechtzeitig vermocht, den unmittelbaren Besitz dem Käufer zu überlassen, so kommt der Verkäufer in Leistungsverzug. — Nimmt man an, daß der „Verkauf eines Verfügungspapiers" einen Verkauf der im Verfügungspapier bezeichneten Ware enthält unter Übertragung des Eigentums und mittelbaren Besitzes mittels einer der Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs in ihren Wirkungen gleichzustellenden Übertragung des gegen den Beförderer bezw. Lagerer bestehenden verbrieften forderungsrechtlichen Herausgabeanspruchs (§ 424 Anm. II), so folgt (BGB. § 433 Abs. 1 Satz 2), daß der Verkäufer seiner Pflicht nicht schon durch Verschaffung des Herausgabeanspruchs (in der Regel mittels Übergabe des auf den Käufer lautenden oder indossierten Verfügungspapiers; oben Anm. Vb) genügt, sondern daß er in Leistungsverzug auch dann gerät, wenn die Übertragung des Rechts sich demnächst als ungenügend erweist, um dem Käufer rechtzeitig auch den unmittelbaren Besitz der Ware zu verschaffen, zu deren Besitz das verkaufte Recht ihn berechtigt; so z. B. wenn der vom Verkäufer ohne genügende Sorgfalt ausgesuchte Beförderer die Ware nach einem falschen Ort versendet, so daß sie am richtigen Bestimmungsort erst mit erheblicher Verspätung ankommen kann.

d. **Insbesondere die Rechtsverschaffungspflicht.** Die Rechtsverschaffungspflicht besteht darin, daß das Recht (bezw. Eigentum) überhaupt, und daß es uneingeschränkt durch Rechte Dritter zu beschaffen ist. Bezüglich der Pflicht zur Beschaffung des Rechts (bzw. Eigen-

tums) überhaupt, kommen nach der Regel des BGB. § 440 Abs. 1 lediglich die allgemeinen Vorschriften des BGB. §§ 320—327 zur Anwendung — ebenso wie bei Besitzverschaffungsverzug. Bezüglich der Pflicht zur Beschaffung des Rechts (bezw. Eigentums) als eines uneingeschränkten dagegen kommen jene allgemeinen Regeln zwar grundsätzlich nach BGB. § 440 Abs. 1 gleichfalls zur Anwendung, doch ist das Recht des Käufers, unter den mehreren ihm zur Wahl stehenden Rechten (unten Anm. e) Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu wählen, durch BGB. § 440 Abs. 2—4, § 441 auf bestimmte Fälle eingeschränkt. Über den Inhalt der Rechtsverschaffungspflicht bestimmen die oben zu a angeführten §§ 443 Abs. 1, 434, 437, 439 BGB., über die Beweislast für das Vorhandensein eines Mangels im Recht § 442 BGB., über die Wirksamkeit vertragsmäßigen Ausschlusses einer Haftung für Mängel im Recht § 443 BGB.

e. **Der Käufer hat bei Leistungsverzug des Verkäufers** in der Regel (über teilweisen Verzug vgl. unten Anm. XIII ff., über Fixgeschäfte vgl. zu § 376) **ein dreifaches Wahlrecht.** Er kann wählen zwischen den Rechten auf:
   1. Erfüllung (BGB. §§ 241, 433 Abs. 1), Schadensersatz wegen Verspätung (BGB. § 286 Abs. 1) und einstweiliges eigenes Nichterfüllen (BGB. §§ 320, 440 Abs. 1); unten Anm. VI.
   2. Schadensersatz wegen Nichterfüllung (BGB. §§ 326, 440 Abs. 1); unten Anm VII.
   3. Rücktritt vom Vertrag (BGB. §§ 326, 327, 440 Abs. 1); unten Anm. VIII.

   Im Fall fruchtloser Fristsetzung nach Urteilsrechtskraft (BGB. § 283) kommt noch hinzu:
   4. Ausübung der Rechte aus BGB. § 323 (BGB. § 325 Abs. 2, Abs. 1 Satz 3).

   Alle (vgl. unten Anm. XIb 1) diese Rechte ruhen auf dem ursprünglichen Vertrag, sie setzen einen gültig zu stand gekommenen Vertrag voraus (RG. 7 IV 03, JW. Beil. 68[156]).

f. **Endigung eines Leistungsverzugs.** Der Leistungsverzug endet mit Bewirkung der Leistung, oder mit Verlust (oder zeitweiliger Aufhebung) des Rechts auf Erfüllung (unten Anm. VI a 2), oder dadurch, daß dem Käufer so angeboten wird, daß dieser in Annahmeverzug kommt (Planck[3] § 284 Anm. 10).

VI. **Recht auf Erfüllung, Schadensersatz wegen Verspätung und einstweiliges eigenes Nichterfüllen.**

a. **Recht auf Erfüllung.**
   1. Beginn und Dauer. Dies Recht beginnt mit dem Eintritt der Leistungszeit, auch wenn zu dieser Zeit noch kein Verzug vorliegt; da aber der Verzug nicht vor dem Eintreten der Leistungszeit beginnen kann (oben Anm. Ic), so ist, sobald Verzug vorliegt, das Recht auf Erfüllung stets gegeben. Das Recht auf Erfüllung dauert — soweit die nachstehenden Ausnahmen (unten zu 2) nicht eingreifen — bis zur nachträglichen Erfüllung.
   2. Endigung. Abgesehen von dem Fall, daß erfüllt wird, endet das Recht auf Erfülluug in folgenden Fällen:
      α. Nach (anderenfalls BGB. §§ 306 ff.) Kaufabschluß eintretende (sachliche) Unmöglichkeit der Leistung (BGB. § 275, §§ 323—325, 440 Abs. 1); bei Sonderkauf auch ein nach Kaufabschluß eintretendes (persönliches) Unvermögen des Verkäufers zur Leistung (BGB. § 275 Abs. 2, eingeschränkt durch BGB. § 279); nach richtiger Ansicht auch bei Gattungskauf ein solches Unvermögen, das nicht darauf beruht, daß der Verkäufer keine Gattungssachen verschaffen kann, sondern daß in seiner Person (z. B. durch Tod oder schwere Krankheit) eine Hinderung eintritt (oben Anm. IV c 1). Verschiedene Folgen treten ein, je nachdem, ob die Unmöglichkeit (bezw. das Unvermögen) vor oder nach Beginn des Leistungsverzugs eingetreten ist (BGB. § 287), und wer den Grund der Unmöglichkeit zu vertreten hat (BGB. §§ 323—325, 440 Abs. 1). Über nur vorübergehend bestehende Unmöglichkeit (bezw. Unvermögen) vgl. oben Anm. IV c 3β.
      β. Fristablauf bei Fristsetzung (unten Anm. XVII a 2) nach Verzugsbeginn (BGB. § 326) oder nach rechtskräftiger Verurteilung zur Bewirkung der Leistung (BGB. § 283), wenn die Fristsetzung verbunden war mit der Erklärung, daß nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung abgelehnt werde.

γ. Handelskauf-Fixgeschäft, wenn bei Nichtleistung zur bestimmten Zeit der Nichtsäumige unterlassen hat, sofort dem Säumigen anzuzeigen, daß ersterer auf Erfüllung bestehe (HGB. § 376 Abs. 1 Satz 2).

δ. Im Konkurs, wenn bei beiderseits nicht oder nicht vollständig erfülltem Kauf der Verwalter auf die Anfrage des anderen Teils, ob er Erfüllung verlange, sich nicht ohne Verzug erklärt hat (KO. § 17); ferner bei Fixgeschäft, wenn die für Lieferung der Ware bestimmte Zeit erst nach Konkurseröffnung abläuft (KO. § 18).

ε. Vertragliche Aufhebung der Leistungspflicht. So z. B. bei Verzicht des Nichtsäumigen auf Erfüllung und Annahme dieses Verzichts durch den Säumigen. In welchen Fällen ein solcher Erlaßvertrag in einem langandauernden Stillschweigen beider Teile gefunden werden kann, vgl. § 346 Anm. III a 4. — Die Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags kann nur von dem beansprucht werden, der nicht selbst vom Vertrag sich lossagt (RG. 48 274; ob die Lossagung annahmebedürftig, vgl. oben Anm. I c 7). — Wird die Leistungspflicht nicht vollständig, sondern nur zeitweilig durch Vertrag aufgehoben (Stundung), so besteht in der Zwischenzeit kein Recht auf Erfüllung.

3. Erfüllungsort. Eintretender Verzug ändert nicht den Leistungsort (ROH. 8 84, Staub Exk. zu § 372 Anm. 19, vgl. RG. 49 74). Insbesondere wird nicht durch den Verzug aus einer Holschuld eine Bringschuld (ROH. 8 84, Planck[3] § 284 Anm. 10; dagegen ROH. 2 418, 5 386, Dernburg[3] 2 § 73 II 1, Staub Exk. zu § 372 Anm. 19). Indessen kann im Einzelfall die Übersendung der geschuldeten Leistung an einen anderen als den bisherigen Leistungsort Teil der durch den Verzug begründeten (unten zu b) Schadensersatzpflicht des Säumigen sein (ROH. 2 418, RG. 49 75). Hat der Gläubiger bei einer Holschuld die Abholung vergeblich versucht, so braucht er zwar nicht auf bloßes wörtliches Angebot des Schuldners hin nochmals die Abholung zu versuchen (BGB. § 273, entsprechend anzuwenden; vgl. umgekehrten Fall in HGB. § 373 Anm. VIII, IX c 7), muß dies aber dennoch tun, wenn vorher der Schuldner den durch den früheren vergeblichen Abholungsversuch entstandenen Schaden (an Auslagen, Zeitverlust usw.) ersetzt hat. Dann ist der Gläubiger wieder in dieselbe Lage zurückversetzt, in der er bei ursprünglichem Versuch der Einziehung der als Holschuld bedungenen Leistung sich befand. Daß er einen Gewinn durch den Schuldnerverzug des anderen Teils mache, kann er nicht beanspruchen.

b. **Recht auf Schadensersatz wegen Verspätung.**

1. Voraussetzungen. Das Recht auf Schadensersatz wegen Verspätung besteht nur, falls Verzug vorlag, und nur insoweit der Schaden „durch den Verzug" entstanden ist (BGB. § 286 Abs. 1). Also nicht für jeden infolge Verspätung der Leistung entstandenen Schaden ist Ersatz zu leisten, sondern nur für denjenigen, für den der „Verzug" ursächlich ist; insbesondere daher nicht für den zwar nach Eintritt der Leistungszeit, aber vor Verzugsbeginn entstandenen, und — außer soweit BGB. § 287 eingreift — auch nicht für denjenigen, der auch eingetreten wäre, falls der Schuldner rechtzeitig geleistet hätte. — Wird die Lieferung zu spät, im übrigen aber vertragsmäßig angeboten, und ist weder die Zeitbestimmung so wesentlich, daß verspätete Erfüllung nicht als Erfüllung zu gelten hat (oben Anm. IV c 3), noch eine etwa erfolgte Leistungsablehnung endgültig geworden (unten Anm. XVII a 2), so muß der Käufer die Ware annehmen; in solcher Annahme liegt daher kein Verzicht auf irgend ein Recht, insbesondere auf Verspätungsentschädigung (RG. 1 21, 43 268). Doch kann ein solcher Verzicht in hinzukommender vorbehaltloser Zahlung liegen (ROH. 3 274, RG. 1 21).

2. Inhalt. Für den Inhalt des Rechts auf Schadensersatz ist BGB. §§ 249—255 maßgebend. Da jedoch — falls man die „Herstellung des Zustands" (BGB. § 249) durch nachträgliche Leistung überhaupt für möglich hält (dagegen Planck[3] § 286 Anm. 1, aber jede Herstellung ist keine in Ansehung der Zeit; gegen Plancks Ausgangspunkt Dernburg[3] 2 § 71 Anm. 4) — der Anspruch auf Herstellung des Zustands hier mit dem Anspruch auf Erfüllung (oben Anm. VI a) zusammenfallen würde, und von dem Anspruch auf Schadensersatz hier nur insoweit die Rede ist, als Schadensersatz neben der Erfüllung zu leisten ist, mithin jene Erfüllung (bezw. Zustandsherstellung) allein nicht genügend ist zur

Entschädigung, so kann hier nur eine Geldentschädigung in Frage stehen (BGB. § 251 Abs. 1; ebenso Düringer-Hachenburg 2 139, vgl. RG. 61 353). — Die Höhe des Schadens besteht mindestens in dem Marktpreis bei Verzugsbeginn abzüglich des Marktpreises bei Erfüllung („abstrakte Schadensberechnung“); denn mindestens um diesen Betrag schlechter ist die verspätet gelieferte Ware verwertbar als eine, die bei Verzugsbeginn geliefert wäre (ROH. 24 155, RG. 4 6, Bolze 18 Nr. 466). Der Käufer ist aber auch berechtigt, nachzuweisen, daß er infolge der besonderen Umstände dieses Einzelfalls einen höheren Schaden gehabt hat („konkrete Schadensberechnung“). Hat der Käufer verspätete Lieferung unter Vorbehalt seines Schadensersatzanspruchs angenommen, so muß er bei Berechnung dieses Schadens sich andererseits den Vorteil abrechnen lassen, der ihm durch eine Steigerung des Marktpreises zwischen Verzugsbeginn und Zeit der wirklichen Lieferung zugeflossen ist (vgl. Bolze 10 Nr. 483). Bei Verspätung von Geldleistungen besteht der Schaden mindestens in den Zwischenzinsen (RG. 14 113). — Vorbehaltlose nachträgliche Annahme enthält an sich keinen Erlaß des Schadensersatzes wegen Verspätung, doch kann unter Umständen hierbei ein Verzichtswille genügend zum Ausdruck kommen (oben zu 1, § 346 Anm. III a 4). Eine wegen nicht gehöriger, insbesondere verspäteter Erfüllung verwirkte Vertragsstrafe kann nur gefordert werden, wenn das Recht hierzu bei Annahme der Erfüllung vorbehalten wird (BGB. § 341 Abs. 3).

c. **Einstweiliges eigenes Nichterfüllen.**

1. Verhältnis zu den übrigen Rechten des Nichtsäumigen. Das Recht, die eigene Leistung vorläufig zurückzuhalten, ist nicht (was Staub Exk. zu § 374 Anm. 46 annimmt) als ein besonderes viertes dem Nichtsäumigen zur Wahl stehendes Recht anzusehen; es besteht vielmehr nur neben dem Recht auf Erfüllung (oben zu a) und Schadensersatz wegen Verspätung (oben zu b), und solange eins dieser Rechte besteht. Welche der dem Nichtsäumigen gleichzeitig zustehenden Rechte auf Erfüllung, auf Schadensersatz wegen Verspätung und auf vorläufige eigene Nichterfüllung er ausüben will, bleibt seiner Willkür überlassen; er kann Erfüllung verlangen, ohne die eigene Leistung zurückzuhalten, er kann letzteres ohne ersteres, er kann auch beides zugleich tun. — Bei Ausübung des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung werden beide Teile frei von der Erfüllungspflicht (unten Anm. XI b); daher kann neben dem Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung das Recht einstweiliger Zurückbehaltung der eigenen Leistung nicht in Frage kommen. Anders nur, wenn der Nichtsäumige nur wegen Nichterfüllung einen Teils des Vertrags Schadensersatz verlangt hat (unten Anm. XIII a 3) und daher noch zu einem Teil seiner Leistung verpflichtet bleibt. — Auch neben einem Rücktritt kann ein Zurückbehaltungsrecht nicht in Frage kommen, da durch den Rücktritt die eigene Leistungspflicht erlischt. — Neben dem hier behandelten Zurückbehaltungsrecht aus BGB. § 320 kann unter Umständen auch das Zurückbehaltungsrecht aus BGB. § 273 in Betracht kommen; das letztere besteht auch dann, wenn es sich nicht um die einander gegenüberstehenden Leistungen aus einem gegenseitigen Vertrag handelt, sondern wenn mehrere getrennte Verträge geschlossen sind, bezüglich deren eine natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit besteht (RG. 57 7). — Wer aber, wie bei Verlangen von Nichterfüllungsschadensersatz oder bei Rücktritt, die Annahme der Gegenleistung endgültig ablehnt, kann nicht zugleich ein Zurückbehaltungsrecht aus BGB. § 320 oder § 273 geltend machen, sondern ist gezwungen, seinen Einreden eine Gestalt zu geben, auf Grund deren eine endgültige Regelung der Rechtsverhältnisse stattfinden kann (RG. 58 176).
2. Voraussetzungen. Das Recht, bei Nichterfüllung durch den Gegner die eigene an sich schuldige Leistung gleichfalls bis zur nachträglichen Erfüllung durch den Gegner nicht zu bewirken (BGB. §§ 320—322, 440 Abs. 1), knüpft ebenso, wie das Recht auf Erfüllung, nicht erst an den Eintritt des Verzugs, sondern bereits an den fruchtlosen Ablauf der Leistungszeit an. Es besteht nicht für den, der zur Vorleistung verpflichtet ist (BGB. § 320 Abs. 1), außer — bis zur Sicherheitsleistung — bei Gefährdung des Anspruchs auf die Gegenleistung durch eine nach Kaufabschluß in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eintretende wesentliche Verschlechterung (BGB. § 321, oben Anm. I b 3). Es besteht

ferner, falls der andere teilweise geleistet hat, insoweit nicht, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde (BGB. § 320 Abs. 2). Teilweise Leistung kann sowohl vorliegen, wenn auf die Hauptleistung, wie wenn auf die Nebenleistung geleistet ist (RG. 56 152). Teilleistung ist — soweit nicht die Gewährleistungsvorschriften eingreifen (oben Anm. II d 3) — auch eine mangelhafte Leistung, wenn die Beseitigung des Mangels möglich ist (RG. 56 153). — Voraussetzung für die Ausübung des Rechts ist nicht, daß der Ausübende nichtsäumig war. Verweigert jemand die Leistung aus einem gegenseitigen Vertrag bis zur Bewirkung der Gegenleistung, so hat er vielmehr auch dann, wenn er in Annahmeverzug war, das Recht, zu verlangen, daß er nur zur Erfüllung Zug um Zug verurteilt werde. Dies Recht geht ihm weder dadurch verloren, daß für die Bewirkung der Gegenleistung seine Mitwirkungshandlung erforderlich ist (RG. 51 369), noch dadurch, daß der andere schon vorher sich zur Gegenleistung bereit erklärt hat (RG. 51 368), noch dadurch, daß der andere nur einen Teil der Leistung eingeklagt hat (RG. 51 369). Dagegen geht das Recht, die eigene Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, demjenigen verloren, der wegen eigenen Leistungsverzugs und anschließender gegnerischer Leistungsablehnung kein Recht mehr auf die Gegenleistung hat (vgl. RG. 53 12).

3. Wirkungen. Durch Ausübung dieses Rechts wird keine endgültige Lösung der zwischen den Parteien durch den Vertrag und den Verzug entstandenen Beziehungen bewirkt; doch kann, wenn nur dies Recht ausgeübt ist, in einem langandauernden Stillschweigen beider Parteien unter Umständen eine vertragsmäßige Aufhebung des ursprünglichen Vertrags gefunden werden (§ 346 Anm. III a 4). Erhebt der Säumige Klage auf die ihm geschuldete Leistung, so hat die Ausübung des Rechts auf Verweigerung dieser Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung nur die Wirkung, daß der Nichtsäumige zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen ist (BGB. § 322).

VII. **Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.**

a. **Voraussetzungen.** Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung besteht nur, wenn (abgesehen von dem besonderen Regeln folgenden Fall eintretender Unmöglichkeit der Erfüllung, oben Anm. I e) eine vom Nichtsäumigen gemäß BGB. § 326 Abs. 1 oder gemäß § 283 gestellte Frist fruchtlos verstrichen ist (§§ 326 Abs. 1, 325 Abs. 2; vgl. unten Anm. XVI b 1), oder wenn infolge des Verzugs die Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat (§ 326 Abs. 2). Ob auch, wenn Leistungsweigerung erklärt ist, vgl. oben Anm. I c. Über den Fall teilweiser Erfüllung vgl. unten Anm. XIII ff. Besteht das teilweise Nichtleisten in dem Vorhandensein eines „Mangels im Recht", der einen Dritten zum Besitz der Sache berechtigt, so kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangt werden, wenn die ferneren Voraussetzungen des BGB. § 440 Abs. 2—4, § 441 vorliegen.

b. **Inhalt** der Schadensersatzpflicht. Maßgebend ist BGB. §§ 249—255. Da aber „Zustandsherstellung" und „Erfüllung" gleichbedeutend, und letztere im vorliegenden Fall bei Fristsstellung abgelehnt ist, so ist der Anspruch beschränkt auf Entschädigung in Geld (ebenso RG. 61 353, Düringer-Hachenburg 2 155; vgl. BGB. § 251 und oben Anm. VI b 2). Zu beachten ist namentlich die Bestimmung des BGB. § 254 Abs. 2, wonach ein Mitverschulden des Beschädigten darin liegt, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. — Auch wenn Gewinn erzielt ist, kann dennoch insoweit Schadensersatz gefordert werden, wie der Gewinn, der bei mangelndem Verzug erzielt wäre, den wirklich erzielten Gewinn übersteigt (RG. 49 52). Wird Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert, so kann nicht daneben noch Schadensersatz wegen Verspätung der Erfüllung beansprucht werden (ROH. 6 194, 13 425, Bolze 18 Nr. 466); war aber Erfüllung nebst Schadensersatz wegen Verspätung gewählt, Urteil auf Erfüllung ergangen, aber Erfüllung dennoch nicht bewirkt, und wird nunmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt (BGB. §§ 283, 325 Abs. 2), so ist maßgebender Zeitpunkt für den Schadensersatz wegen dieser Nichterfüllung die Rechtskraft des Urteils (bzw. der Ablauf der nach Rechtskraft gestellten Frist; abweichend nach

früherem Recht RG. 36 376); neben dem Ersatz dieses Schadens darf daher der Ersatz des durch Verspätung der Erfüllung seit Verzugsbeginn bis zur Rechtskraft des Urteils entstandenen Schadens gefordert werden (ROH. 24 329, RG. 4 6). — Über die Frage, welchen Einfluß das Verlangen von Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf die eigene Leistungspflicht des Verlangenden (hier des Käufers) hat, ob dieser zur Vertragsleistung verpflichtet bleibt und nur aufrechnen darf, oder ob er, soweit er noch nicht geleistet hat, auch seinerseits frei wird, vgl. unten Anm. XI b. Der Juristentag 1904 hat als seine Ansicht ausgesprochen: „Geht die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung auf Geld, so kann er als Schadensersatz grundsätzlich denjenigen Geldbetrag begehren, welcher sich nach Anrechnung seiner Leistung als Überschuß ergibt. Unterläßt der Schadensersatzberechtigte diese Anrechnung, so kann, soweit es der Billigkeit entspricht, der Schadensersatzverpflichtete auf ihrer Vornahme bestehen. Die Voraussetzungen der Aufrechnung brauchen hierbei nicht gegeben zu sein" (JW. 04 462). Nicht etwa ist aufzurechnen mit der Wirkung, daß wenn der Betrag des Schadens den des Kaufpreises nicht erreicht, der Käufer den Überschuß herauszuzahlen hat, sondern der für den Ersatzverpflichteten denkbar günstigste Fall besteht darin, daß er nicht seinerseits zu einer Zahlung zu verurteilen ist (RG. 27 V 04 JW. 469[6]).

c. **Maßgebender Zeitpunkt** für Bemessung des Schadens.

1. Verzugsbeginn, nicht Fälligkeit. Da der Verspätungsschaden erst für die Zeit nach Verzugsbeginn zu leisten ist (BGB. § 286), so wird auch für den Nichterfüllungsschaden der Zeitpunkt des Verzugsbeginns, nicht der etwa frühere Zeitpunkt der Fälligkeit der geschuldeten Leistung für maßgebend zu erachten sein (ROH. 10 171, RG. 6 59; dagegen ROH. 3 96, 15 336, Bolze 10 Nr. 467, Staub Exk. zu § 374 Anm. 54); die abweichende Sondervorschrift des § 376 Abs. 2, wonach beim Fixgeschäft die „Zeit der geschuldeten Leistung" maßgebend sein soll, findet ihre Erklärung darin, daß beim Fixgeschäft Leistungszeit und Verzugsbeginn fast stets zusammenfallen, kann aber nicht auf das Nichtfixgeschäft ausgedehnt werden, da bei letzterem ein solches Zusammenfallen nicht die Regel ist. Der Nichterfüllungsschaden beim Nichtfixgeschäft besteht mithin in dem Unterschied zwischen demjenigen Vermögenszustand des Käufers, der eingetreten wäre, wenn Verkäufer bei Verzugsbeginn geleistet hätte, und demjenigen Vermögenszustand, der infolge Unterbleibens der Leistung damals eingetreten ist. Spätere Änderungen sind nur zu berücksichtigen, insoweit sie als notwendige Folge der durch die Säumnis erforderlich gewordenen anderweiten Abwicklung des zwischen Käufer und Verkäufer schwebenden Geschäfts eintreten, insoweit sie mithin den tatsächlichen Umfang des zur Zeit des Verzugsbeginns eingetretenen Vermögensnachteils nachträglich feststellen. Nicht aber auch, insoweit solche Änderungen dadurch entstehen, daß Käufer zunächst noch den Anspruch auf Erfüllung verfolgte oder in Erwartung demnächstiger verspäteter Erfüllung Aufwendungen machte.

2. Der Zeitpunkt des Verzugsbeginns ist jedoch nicht immer der **allein** maßgebende. In denjenigen Fällen nämlich, in denen das Gesetz den Käufer zwingt (oder zur Vermeidung eigenen Nachteils berechtigt), zunächst eine Frist zu stellen (BGB. § 326), hat der Käufer andererseits auch das Recht, den Zeitpunkt, bis zu welchem er so zu warten gezwungen (oder berechtigt) war, an Stelle des Zeitpunkts des Verzugsbeginns als maßgebenden für die Ermittlung des Schadens zu grund zu legen (ROH. 7 394, RG. 60 348). Er darf beliebig den einen oder den anderen dieser beiden Zeitpunkte zu grund legen (ROH. 11 184, 15 337; vgl. RG. 6 59, RG. 18 IV 88 JW. 235[16]). Dies Recht reicht aber nur ebensoweit wie der Zwang (ROH. 14 8, 17 257, RG. 5 104, RG. 15 I 04 JW. 122[25]), und nur bei Vorliegen von Zweifeln über die Erforderlichkeit einer Nachfrist außerdem auch soweit wie die ihm zwecks Unschädlichmachung solcher Zweifel gegebene Befugnis (vgl. ROH. 13 246, RG. 5 104, RG. 15 I 04 JW. 122[25]: „berechtigter Anlaß", RG. 28 IV 05 HoldheimsMSchr. 218); denn der Käufer darf nicht die Möglichkeit haben, einseitig die Lage des Verkäufers zu verschlechtern. Nicht unbedingt darf daher der Käufer das Ende einer tatsächlich von ihm gesetzten Frist zu grund legen. Vielmehr wird der Verkäufer einwenden dürfen: erstens, daß die Frist zu lang bemessen sei und Verkäufer

dies dem Käufer alsbald erklärt habe; zweitens, daß die Fristsetzung schon früher habe erfolgen können (z. B. bei Fristsetzung gemäß BGB. § 283), weil schon damals die Leistungspflicht an sich unstreitig gewesen und Verkäufer keine Hinausschiebung der Leistungszeit über das durch die gesetzlich vorgeschriebene Fristsetzung gebotene Maß hinaus beansprucht habe; und drittens, daß in dem betreffenden Fall eine Fristsetzung wirkungslos (HGB. § 376; vgl. dessen Abs. 2) oder — wie schon vor Fristsetzung unbestritten — nur gestattet aber nicht erforderlich (BGB. § 326 Abs. 2; vgl. ferner Bolze **16** Nr. 422) gewesen sei (ähnlich Düringer-Hachenburg 2 163; dagegen Staub Exk. zu § 374 Anm. 54). — Über den Zeitpunkt, der maßgebend ist, falls Urteil auf Erfüllung ergangen ist und dann dennoch nicht erfüllt wird, vgl. oben zu b.

d. **Die beiden Arten der Schadensberechnung.**

1. Allgemeines. Ebenso wie bei dem Anspruch auf Ersatz des Schadens wegen Verspätung der Leistung (oben Anm. VIb 2), kann auch bei dem Anspruch auf Ersatz des Schadens wegen Nichtleistung die Berechnung des Schadens entweder lediglich unter Bezugnahme auf die allgemeine Lage des Markts („abstrakt") oder unter Bezugnahme auf die besonderen Umstände bei Abwicklung des Einzelfalls („konkret") erfolgen (ROH. **10** 170). In welcher von beiden Weisen der Käufer seinen Schaden berechnen will, steht bei ihm (RG. **46** 408; abweichend ROH. **14** 8), und er kann in jeder Lage des Verfahrens von der ursprünglich gewählten Art der Berechnung abgehen und den Nachweis seines Schadens mittels der anderen Berechnungsart versuchen (OLG. Dresden 11 VII 90 ZHR. **40** 517; dagegen Bolze **9** Nr. 409 in einem Fall, in dem im Vorprozeß Marktlageschaden berechnet, hierauf Teilzahlung erfolgt war, und nun Abwicklungsschaden berechnet wurde). Er kann auch beide Berechnungsarten nebeneinander vorbringen, entweder in dem Sinn, daß diejenige maßgebend sein solle, die den höheren Schaden nachweise, oder auch in der Weise, daß er zwar einen Deckungskauf behauptet, aber die weitere Behauptung hinzufügt, daß der nach seiner Angabe beim Deckungskauf gezahlte Preis der zur entscheidenden Zeit marktgängige gewesen sei (RG. **6** 58). Der freien Überzeugung des Gerichts (CPO. § 287) unterfällt neben der Frage, ob ein Schaden überhaupt entstanden sei, und wie hoch er sich belaufe, auch die Prüfung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen den Tatsachen, auf welche der Ersatzanspruch gestützt wird, und dem Schaden selbst (RG. **46** 409).

2. Berechnung nach Marktlage („abstrakter Schaden").

   α. Kaufpreis abzüglich Marktpreis. Der nach Marktlage berechnete Schaden besteht in dem Unterschied zwischen dem Kaufpreis (zuzüglich etwaiger sonstiger nach dem Vertrag notwendiger Aufwendungen des Käufers, ROH. **24** 332) und demjenigen Marktpreis (§ 261 Anm. IV), der zur maßgebenden Zeit (oben zu c) am maßgebenden Ort (unten zu β) bestand (D. 219, ROH. **7** 376, **8** 19, **9** 348, **10** 151, **11** 169, **14** 7, **21** 248, RG. **1** 241, **6** 26, 59, **14** 112, Bolze **10** Nr. 490) bezw., falls für die betreffende Ware kein eigentlicher Marktpreis besteht, dem „Verkäuflichkeitspreis" (Staub Exk. zu § 374 Anm. 53), d. h. dem Preis, zu welchem allgemein derartige Waren zur maßgebenden Zeit verkäuflich waren (RG. **4** 3, Bolze **7** Nr. 571, **10** Nr. 813, welch letzeres Urteil dies irrig als Berechnung des „konkreten" Schadens bezeichnet; vgl. auch ROH. **11** 183). Unerheblich ist, ob amtliche Preisnotierungen stattfinden (ROH. **2** 196). Derjenige Marktpreis bezw. Verkäuflichkeitspreis ist maßgebend, der bei Verkäufen durch Inhaber eines Gewerbebetriebs nach Art desjenigen des Käufers erzielbar war. — Neben dem Unterschied zwischen ursprünglichem Kaufpreis und höherem Marktpreis des entscheidenden Tags kann nicht etwa noch außerdem entgangener Gewinn gefordert werden; denn hätte der Käufer zum Marktpreis gekauft, so wäre ihm der Gewinn nicht entgangen (ROH. **18** 216); in einer derartigen Berechnung läge eine doppelte Berechnung desselben Schadens, erst nach Marktlage und dann nach Abwicklungsergebnis.

   β. Welchen Orts Marktpreis? Der Marktpreis desjenigen Orts ist zur Vergleichung heranzuziehen, wo Käufer, wenn Verkäufer seiner vertraglichen Verpflichtung nachgekommen wäre, die Ware zum Weiterverkauf oder zu sonstiger Verwendung zu seiner Verfügung gehabt hätte. Dies aber ist der bedungene Bestimmungsort

(ROH. 24 332; dagegen Staub Exk. zu § 374 Anm. 55, Lehmann § 376 Nr. 62, die den Ablieferungsort für in erster Reihe maßgebend erachten). Ist z. B. die Ware nach Brüssel „frei ab Allendorf" zu liefern, so ist Brüssel der maßgebende Ort (RG. 6 27). Ist vom Ausland an den im inländischen Binnenland wohnenden Käufer „cif Rotterdam" zu liefern, so ist Rotterdam der Bestimmungsort (Handelskammer Leipzig in HoldheimsMSchr. 03 282). Ist dem Käufer die demnächstige Bezeichnung des Bestimmungsorts vorbehalten, so ist derjenige Ort maßgebend, den er bei rechtzeitiger Lieferungsbereitschaft des Verkäufers nachweislich bestimmt hätte (Bolze 9 Nr. 410). — Nicht selten wird in der Rechtsprechung auch der „Ablieferungsort" als maßgebend bezeichnet (z. B. RG. 11 199); dies ist nicht ganz genau. In der Regel fallen zwar Bestimmungsort und Ablieferungsort zusammen (RG. 6 27); nicht jedoch dann, wenn der Käufer die Pflicht hat, die Ware vor Versendung (z. B. beim Verkäufer oder am Verschiffungsplatz) zu untersuchen (§ 377 Anm Vc); und wenn sie so auseinanderfallen, so bleibt der Bestimmungsort der maßgebende (ROH. 21 249). — Ist der Bestimmungsort im Einzelfall verschieden vom Erfüllungsort, so kommt es auf letzteren nicht an (ROH. 21 248, 24 332; vgl. jedoch § 376 Abs. 2). Hatte im Einzelfall der Käufer das Recht, statt am Bestimmungsort am Erfüllungsort abzunehmen, so würde er auch den Marktpreis am Erfüllungsort zu grund legen dürfen (Bolze 17 Nr. 460). Ist der Bestimmungsort kein Marktort, so ist der Marktpreis am nächstliegenden Marktort, zuzüglich Kosten der Beförderung zum Bestimmungsort, maßgebend (RG. 11 199, 14 141).

γ. Unmöglichkeit dieser Berechnungsart. Die Berechnung des Schadens nach der Marktlage ist nicht möglich, wenn der gekaufte Gegenstand ganz unverkäuflich ist, was ausnahmsweise z. B. bei Kauf eines Gegenstands zwecks seiner Verwendung als Betriebsmittel im eigenen Betrieb des Käufers vorkommen kann. Bis zum Beweis des Gegenteils sind aber alle den Gegenstand eines Handelskaufs bildenden Waren als verkäuflich anzusehen (ROH. 24 333, RG. 4 3).

δ. Unerhebliche Einwendungen. Solange der weitergehende Gegenbeweis der Unverkäuflichkeit der Waren nicht geführt wird, ist unerheblich (vgl. Staub aaO. Anm. 53) sowohl der Einwand, daß der Käufer tatsächlich die Waren noch nicht weiterverkauft hatte (RG. 4 3), wie auch der Einwand, daß Käufer anderweit zu gleichem oder billigerem als dem mit dem Säumigen bedungenen Kaufpreis eingekauft habe; denn beide Behauptungen widerlegen nicht die Möglichkeit des Verkaufs der ursprünglich gekauften Ware und — da der Verkäuflichkeitswert maßgebend ist für den Wert bei Berechnung des Vermögens des Käufers (§ 40 Anm. IIc; als Mindestbetrag selbst bei zum eigenen Betrieb bestimmten Gegenständen, § 261 Anm. IXb 1) — auch nicht die Tatsache, daß, falls geliefert wäre, Käufer einen Vermögenszuwachs gehabt hätte, der ihm nunmehr entgangen (BGB. § 252) ist. Ebenso unerheblich wäre der Einwand, daß Käufer beabsichtigt habe, die Ware nicht sofort weiter zu verkaufen, sondern sie vorläufig auf Lager zu behalten, daß er also vom Steigen des Marktpreises keinen Gebrauch gemacht hätte (dagegen bei Verspätungsschaden Lehmann § 376 Nr. 29); denn in einem solchen Verhalten des Käufers läge eine neue Spekulation, die mit dem früheren Geschäft in keiner Verbindung steht und deren Erfolg nicht voraussehbar ist.

3. Berechnung nach Abwicklungsergebnis („konkreter Schaden").

α. Grundregel. Die Abwicklung in den Einzelfällen kann in sehr verschiedener Weise vor sich gehen. Die beiden Hauptfälle sind (Staub Exk. zu § 374 Anm. 57, 58): erstens, daß Käufer weiterverkauft hatte und nun nicht liefern kann (hierüber unten zu β), und zweitens, daß Käufer, um die Nichtleistung des Verkäufers auszugleichen, sich durch anderweiten Ankauf der Ware deckt (hierüber unten zu γ). Indessen sind diese Fälle nicht die einzigen Möglichkeiten (so kann z. B. Käufer sich vom eigenen Lager decken und liefern, Bolze 3 Nr. 700, 12 Nr. 467, oder er kann bei zu liefernden Gebrauchsgegenständen einstweilen bis zu möglichem Ankauf solche mieten, ROH. 22 185), und es können auch Verbindungen jener beiden Hauptfälle der Abwicklung vor-

kommen (so z. B. wenn ein Deckungskauf nur so möglich, daß Käufer verspätet in den Besitz der Ware gelangt, und wenn Käufer, der sich so deckt, wegen dieser Verspätung seinerseits eine Vertragsstrafe verwirkt). Allen Fällen gemeinsam ist aber die Regel, daß die Ergebnisse der tatsächlich erfolgenden Abwicklung (verglichen mit dem Zustand, wie er bei vertragsmäßiger Leistung eingetreten wäre), insoweit und nur insoweit den Umfang des zur maßgebenden Zeit (oben zu c) eingetretenen Schadens erweisen, wie diese Abwicklung unter Anwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt behufs möglichster Beschränkung des Schadens (ROH. 14 143) geschehen ist; darüber hinaus würde der ursächliche Zusammenhang zwischen Nichtleistung und Schaden fehlen (RG. 46 408), vielmehr ein Mitverschulden des Käufers vorliegen (BGB. § 254 Abs. 2, RG. 57 107). Soweit das Erfordernis des ursächlichen Zusammenhangs eingreift, aber auch nur soweit dies der Fall, ist zutreffend, daß bei der Abwicklung auch das Interesse des Säumigen seitens des Nichtsäumigen zu berücksichtigen ist (RG. 11 199, vgl. Bolze 7 Nr. 579). — Die nachstehend zu erwähnenden, mehr ins einzelne gehenden Regeln, die in der Rechtsprechung für die Art, wie der Schaden zu berechnen ist, ausgebildet worden sind, haben nur die Bedeutung einer Anwendung der obigen Grundregel, und gelten nicht, insoweit sie im Einzelfall mit ihr ausnahmsweise in Widerspruch treten würden.

β. Insbesondere Abwicklung durch Rückgängigmachung der mit Rücksicht auf die erwartete Leistung eingegangenen Geschäfte. Der Schaden besteht in diesem Fall in dem entgangenen Gewinn (BGB. § 252, ROH. 9 322), also in der Regel im Weiterverkaufspreis abzüglich des Kaufpreises und sonstiger bei Ausführung des Weiterverkaufs erforderlicher Aufwendungen. Hierzu können unter Umständen auch zu ersetzende wirkliche Verluste kommen; so ein vom Käufer seinem Weiterkäufer gezahlter Schadensersatz wegen Nichterfüllung (ROH. 13 200), eine vom Käufer verwirkte Vertragsstrafe (RG. 15 73), ein von ihm gezahltes Reugeld oder Abstandsgeld, eine von ihm für Vermittlung des Weiterverkaufs gezahlte Provision. Keine Abwicklung durch Rückgängigmachung hat stattgefunden, solange der Weiterverkauf nur beabsichtigt, nicht ausgeführt war (ROH. 3 290).

γ. Insbesondere Abwicklung durch anderweite Beschaffung der Ware.

Auch dies ist eine Art der Abwicklung. Das abzuwickelnde Geschäft besteht entweder lediglich darin, daß der Käufer durch den Kauf bewirken wollte, daß er zur Lieferungszeit eine bestimmte Ware zur Verfügung habe, sei es zur eigenen Verwendung, sei es in Hoffnung demnächstigen Weiterverkaufs. Oder es kommt — wie im Fall zu β — hinzu, daß Käufer bereits tatsächlich weiterverkauft hatte, also nicht nur das Geschäft mit dem Verkäufer, sondern außerdem auch das Geschäft mit dem Weiterkäufer abwickeln muß. In dem hier (zu γ) vorausgesetzten Fall, daß statt der nichtgeleisteten Ware andere gleichartige sofort beschafft wird, braucht aber auf das Ergebnis der Abwicklung eines etwaigen Geschäfts zwischen Käufer und Weiterkäufer keinesfalls Rücksicht genommen zu werden, denn das Ergebnis dieses Geschäfts wäre das gleiche gewesen, ob nun die nichtgeleistete Ware zu dessen Ausführung verwendet wäre oder ob die anderweit beschaffte Ware dazu verwendet ist. Käufer braucht daher überhaupt nicht darzutun, daß er ein Interesse an anderweiter Beschaffung der Ware hatte (RG. 52 154). Er braucht bei seiner Schadensberechnung auf das Ergebnis der Abwicklung jenes etwaigen Weiterverkaufs nicht einzugehen, weder braucht er seinerseits darzutun, daß überhaupt weiterverkauft war, noch ist es erheblich, wenn Verkäufer einredeweise geltend macht, daß nicht weiterverkauft gewesen sei (Staub Exk. zu § 374 Anm. 58). Konnte allerdings nicht die genau gleiche Ware, oder konnte sie nicht sofort beschafft werden, und ergeben sich hierdurch Unterschiede für die Abwicklung eines etwaigen Weiterverkaufs, so ist Käufer berechtigt, auch diese in Anrechnung zu bringen.

Die Höhe des Schadens besteht in den Aufwendungen, die der Deckungskauf erfordert hat, abzüglich derjenigen, die der ursprüngliche Kauf erfordert hätte (vgl. Staub S. 1287 Fußnote 1); also im wesentlichen im Unterschied zwischen dem Deckungskauf-

preis und dem Vertragskaufpreis (RG. 17 61, vgl. ROH. 4 320). Eine Vertragsstrafe, die der Käufer von demjenigen, der ihm beim Deckungskauf verkauft hat, wegen verspäteter Lieferung erhält, vermindert die anrechenbaren Aufwendungen für den Deckungskauf (RG. 15 73). Hatte der Käufer dem säumigen Verkäufer den Kaufpreis bereits gezahlt, so erhöht sich der Schaden um den bezahlten Betrag (ROH. 24 107; vgl. RG. 50 190).

Ein Deckungskauf ist zulässig, aber nicht notwendig (RG. 11 198, 46 408). Wird er vorgenommen, so ist er doch — abweichend von dem Selbsthilfeverkauf des § 373 — an keinerlei Formen gebunden (RG. 11 199). Er ist kein Formerfordernis für die Geltendmachung des Schadens, schafft vielmehr nur einen tatsächlichen Anhalt für dessen Bemessung (RG. 46 408, 52 152). Ist er mit der verkehrsüblichen Sorgfalt behufs möglichster Schadensbeschränkung vorgenommen (oben zu α), so ist sein Ergebnis schlechthin maßgebend (RG. 11 199, 46 408). Ist er in nicht gehöriger Weise vorgenommen, so wird sein Ergebnis doch nicht stets ganz unverwertbar, dann nämlich nicht, wenn sich ermitteln läßt, zu welchem (dann abzusetzenden) Betrag der Verstoß gegen Treu und Glauben den Deckungskaufpreis beeinflußt hat (RG. 11 199). Bei dem Deckungskauf handelt der Käufer nicht als Beauftragter oder Geschäftsführer des ursprünglichen Verkäufers (RG. 11 199, 15 72, 46 408, 52 153, Bolze 12 Nr. 467), er kauft nicht für dessen, sondern für eigene Rechnung (ROH. 20 223). Demgemäß behält er auch den hierdurch erzielten Gewinn (ROH. 20 223, RG. 15 73, 52 154). Andererseits ist der etwa beim Deckungskauf erzielte Gewinn auf den durch Nichtlieferung erlittenen Schaden anzurechnen, sodaß der Käufer nur den Überschuß des Schadens ersetzt verlangen kann (ROH. 22 187, RG. 15 73, 40 176); jedoch hat er keinesfalls seinerseits etwas herauszuzahlen (oben Anm VII b). Nur die verkehrsübliche, keine außergewöhnliche Sorgfalt braucht Käufer bei seinem Bemühen um möglichste Beschränkung des Schadens, insbesondere also bei Ermittlung einer anderweiten Kaufgelegenheit, aufzuwenden (BGB. § 254 Abs. 2, § 242, ROH. 21 249, RG. 11 199, Bolze 12 Nr. 467, Staub Exk. zu § 374 Anm. 62). Besteht ein Marktpreis, so hat er zu diesem einzukaufen oder muß nachweisen, warum dies unausführbar war (vgl. RG. 11 199). Eine ihm vom Verkäufer mitgeteilte billige Kaufgelegenheit muß er, wenn es ohne unverhältnismäßige Mühe möglich war, benutzen (vgl. RG. 15 72, Bolze 12 Nr. 467).

Je näher nach Leistungszeit, Bestimmungsort, Beschaffenheit der Ware, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Deckungskauf dem ursprünglichen Kauf kommt, um so verwertbarer ist er für die Bemessung des entstandenen Schadens, weil um so weniger der ursächliche Zusammenhang zwischen Nichtleistung und Entstehen des Schadens in Zweifel gezogen werden kann. Die Notwendigkeit etwaiger den Deckungskaufpreis verteuernder Abweichungen hat Käufer zu beweisen; so z. B. bei Abweichung bezüglich der Leistungszeit (ROH. 14 10), bezüglich des Bestimmungsorts (RG. 11 199), bezüglich der Lieferungsbedingungen, bezüglich der Beschaffenheit der Ware, wenn eine Ware besserer Güte oder besserer Sorte zwecks Deckung beschafft werden mußte (Bolze 1 Nr. 1088, 3 Nr. 697, 700, 10 Nr. 483). Soll die Ware zu einem Betrieb benutzt werden (z. B. Eis für eine Brauerei), und läßt sich mit einer geringeren Menge der zwecks Deckung gekauften besseren Ware derselbe Nutzen erzielen, wie mit der nicht gelieferten größeren Menge der ursprünglich gekauften schlechteren Ware, so kann nur der Preis für die geringere Menge besserer Ware zum Ansatz gebracht werden (Bolze 3 Nr. 697). Hat der Käufer eine den Ausfall erhöhende ungehörige Versteigerungsbedingung aufgenommen, so ist dies nach näherer Maßgabe des BGB. § 254 zu berücksichtigen (RG. 53 15).

Die Zeit der Vornahme des Deckungskaufs wäre an sich unerheblich; da jedoch die Leistungszeit des ursprünglichen Kaufs in der Regel abgelaufen sein wird, wenn der Deckungskauf vorgenommen wird, so ist eine dem ursprünglichen Kauf sich möglichst annähernde Leistungszeit nur zu erzielen, wenn der Deckungskauf möglichst sofort

nachdem die Nichtleistung endgültig feststeht (oben zu c) und mit möglichst kurz bemessener Leistungsfrist vorgenommen wird. Doch kann — wenn demnächst Verkäufer tatsächlich nicht geleistet hat — auch ein Deckungskauf berücksichtigt werden, der bereits früher, in Erwartung der demnächstigen Nichtleistung, z. B. infolge im voraus erklärter Leistungsweigerung (oben Anm. Ic), vorgenommen ist (ROH. **14** 184, RG. **4** 71, **7** 44, **15** 70, **52** 152, RG. 25 X 04 JW. **05** 18[12]; dagegen bei Deckungs verkauf RG. 24 III 06 JW. 335[10]).

Ähnlich verhält es sich mit dem Ort. Auch hier kommt es nur darauf an, daß die Ware möglichst an demselben Ort dem Käufer zur Verfügung steht, also daß derselbe Ort Bestimmungsort ist, wo ihm die ursprünglich gekaufte Ware zur Verfügung zu stellen war. Demgegenüber ist an sich unerheblich, an welchem Ort der Deckungskauf vorgenommen wird; doch wird, damit die durch Deckungskauf beschaffte Ware möglichst frühzeitig am Bestimmungsort zur Verfügung steht, in erster Reihe ein Ankauf der dort schon vorhandenen Ware in Betracht kommen, und ein solcher Ankauf wird in der Regel an jenem Ort oder dem zunächst liegenden Marktort (ROH. **14** 183) vorgenommen werden (RG. **11** 199). Doch ist auch die Vornahme des Deckungskaufs an jedem anderen Ort erlaubt, wenn dies mit der Pflicht des Käufers, den Schaden möglichst zu beschränken, vereinbar ist (ROH. **14** 183, **21** 249), wie z. B. wenn die nach Deutschland bestimmte Ware in Deutschland keinen Markt für ihren Einkauf hat (RG. **15** 71), oder wenn ein Abschluß am Bestimmungsort dem Käufer außergewöhnliche Bemühungen nötig machen würde.

VIII. **Recht auf Rücktritt vom Vertrag.**

a. **Voraussetzungen.** Die Voraussetzungen für das Recht, vom Vertrag zurückzutreten, sind die gleichen wie diejenigen (oben Anm. VIIa) für das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, mit der Ausnahme, daß die Beschränkungen des BGB. § 440 Abs. 2—4, § 441 (betr. Vorliegen eines Mangels im Recht) das Rücktrittsrecht nicht berühren. Liegen jene gemeinsamen Voraussetzungen für die Ausübung beider Rechte vor, so hat der Nichtsäumige die Wahl, von welchem der beiden Rechte er Gebrauch machen will (unten Anm. XVIIb). Er ist nicht verpflichtet, den Rücktritt sofort zu erklären, sobald er das Recht hierzu erlangt hat (RG. **52** 317). Der Säumige kann jedoch dem Nichtsäumigen eine angemessene Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts bestimmen. Das Rücktrittsrecht erlischt, wenn nicht der Rücktritt vor dem Ablauf der Frist erklärt wird (BGB. §§ 327, 355), sodaß dann dem Nichtsäumigen nur das Recht verbleibt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Hatte Verkäufer teilweise erfüllt, ist demnächst Käufer vom ganzen Vertrag zurückgetreten und kommt er mit Rückgewähr des Empfangenen in Verzug, so kann der Verkäufer dem Käufer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme des Rückzugewährenden nach Ablauf der Frist ablehne; erfolgt dann Rückgewähr nicht vor Fristablauf, so wird der Rücktritt unwirksam (BGB. §§ 327, 354); es wird wohl anzunehmen sein, daß in diesem Fall die Sache wieder so steht, wie zu der Zeit, als die Annahme der Leistung gemäß BGB. § 326 abgelehnt war, d. h. der Käufer kann nun nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (vgl. Anhang zu § 377 Anm. IVh; anders Dernburg[3] 2 § 98 V 2a); dies Recht, das er bereits verloren hatte, erhält er durch die in der Fristsetzung liegende freiwillige Handlung des Verkäufers zurück. — Auch andere Gründe als Verzug können unter Umständen ein Rücktrittsrecht geben. So z. B. Vertrag (unten Anm. XVIII) oder Unmöglichkeit der Leistung. Ebenso in Ausnahmefällen die nach Vertragsabschluß erfolgende Verschlechterung der Vermögenslage eines Vertragschließenden (oben Anm. Ib 3).

b. **Inhalt.** Hierfür ist maßgebend BGB. §§ 346—356 (BGB. § 327); über die Auslegung der §§ 346—348 BGB. vgl. Anhang zu § 377 Anm. IV, über die Auslegung der §§ 350 bis 353 BGB. aaO. Anm. IIIa. Ein Ersatz von Verwendungen kann seitens des Nichtsäumigen nur in den Grenzen des BGB. § 347, §§ 994ff. verlangt werden; hieraus folgt (Anhang zu § 377 Anm. IVd 1), daß Käufer den Ersatz der für die Beförderung zu ihm verauslagten Kosten in der Regel nur in so weit ersetzt verlangen kann, als der Verkäufer

ungerechtfertigt bereichert würde (abweichend Staub Anm. 66). Der nichtsäumige Käufer kann Verzinsung des etwa rückzugebenden Kaufpreises fordern (BGB. § 347 Satz 3); dagegen hat er keinen Anspruch auf Ersatz des „negativen Vertragsinteresses", d. h. des Schadens, den er dadurch erlitt, daß er auf das Wirksambleiben des Kaufs vertraute (Motive z. BGB. 2 211, Dernburg[3] 2 § 98 V 2 b, Staub Exk. zu § 374 Anm. 32, Lehmann § 376 Nr. 68; dagegen CosackBR. § 123 III 6 und bei Arglist Prot. z. BGB. 1 687; vgl. auch Anhang zu § 377 Anm. III e). Ebenso keinen Anspruch auf Ersatz der Vertragskosten (Gegenschluß aus BGB. § 467 Satz 2; vgl. Motive z. BGB. 2 232).

C. Verzug des Käufers.

IX. Allgemeines über Verpflichtungen und Verzugsfolgen.

a. **Maßgebend sind die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Nichtleistung bei gegenseitigen Verträgen (BGB. §§ 320—327).** Sie werden nur für einen Sonderfall teilweise abgeändert durch:

BGB. § 454. „Hat der Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet, so steht ihm das im § 325 Abs. 2 und im § 326 bestimmte Rücktrittsrecht nicht zu." (Hierüber vgl. unten Anm. XII b.)

Über örtlichen und zeitlichen Widerstreit der Rechte vgl. unten Anm. XIX, XX.

b. **Die zwei Hauptverpflichtungen des Käufers.**

1. Allgemeines.

Das BGB. § 433 Abs. 2 bestimmt:

„Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen."

Im Einzelfall können auch noch anderweite Verpflichtungen übernommen sein, z. B. daß Käufer binnen bestimmter Zeit nicht von anderen Personen derartige Waren kaufen dürfe, oder daß er dem Verkäufer vierteljährlich eine Bilanz seines Vermögens zu überreichen habe (Staub Exk. zu § 374 Anm. 141).

Bezüglich jeder einzelnen der im BGB. § 433 Abs. 2 aufgeführten Hauptverpflichtungen oder der etwa übernommenen Nebenverpflichtungen kann ein Verzug eintreten; ebenso bezüglich aller zugleich. Liegt nur bezüglich der Zahlungsverpflichtung, aber nicht auch bezüglich der Abnahmeverpflichtung Verzug vor, so sind die Grundsätze über teilweise Nichtleistung (unten Anm. IX d, XIII ff.) zur Anwendung zu bringen. Das Gleiche ist (gegen Staub und Reichsgericht, vgl. unten zu c und d) an sich auch anzunehmen, wenn nur bezüglich der Abnahmeverpflichtung oder bezüglich einer Nebenverpflichtung Verzug vorliegt. — Nur insoweit wird der im Anschluß an Staubs Ansicht ergangenen Rechtsprechung beigepflichtet werden dürfen, als die Ausübung der Rechte aus BGB. § 326 hinsichtlich des Gesamtvertrags auszuschließen ist, wenn die durch Nichterfüllung der Abnahme- oder Nebenverpflichtung unter Erfüllung der sonstigen Hauptleistung eintretende Trennung der Gesamtleistung nicht gegen das Interesse des Nichtsäumigen verstößt. Hierzu bedarf es aber keiner Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistung, sondern dies folgt ohne weiteres aus der hier vertretenen (und in RG. 50 142 grundsätzlich gebilligten) Auslegung (unten Anm. XIII a 2) der Bestimmungen des BGB. § 326 über Verzug mit dem Teil einer Leistung, wenn man nur (unten Anm. XIV) diese Bestimmungen nicht auf Mengeteile beschränkt. — Ob durch Geringfügigkeit der rückständigen Teilleistung das Rücktrittsrecht ausgeschlossen wird, vgl. oben Anm. II c.

2. Zahlungsverpflichtung insbesondere. Bei Einsendung durch Postanweisung braucht nach Handelsgebrauch der Käufer nicht auch den Betrag des Bestellgelds einzusenden (BerlHandelsgebr. 2 3). Die Zahlungspflicht ist eine Hauptverpflichtung auch dann, wenn nur vorläufig zu zahlen ist, vorbehaltlich schiedsrichterlicher Entscheidung (RG. 61 351).

3. Abnahmeverpflichtung insbesondere. Unter Abnahme in BGB. § 433 Abs. 2 ist die rein körperliche Hinwegnahme der Kaufsache verstanden (RG. 53 162, 56 175, 57 109, 401, RG. 8 I 04 JW. 112[7], 29 III 04 JW. 287[5]; dagegen Düringer-Hachenburg

3 233 Fußnote). Auf Erfüllung der Abnahmeverpflichtung kann geklagt werden (RG. **57** 109, vgl. **53** 163, **56** 141; jedoch erst, wenn der Verkäufer die Sache zur körperlichen Wegnahme bereit hat, nicht schon, wenn er nur in der Lage ist, sie sich jederzeit zu verschaffen (RG. **56** 176, RG. 3 I 05 JW. 78[15]). Schuldnerverzug kann bei Säumnis mit Abnahme eintreten (RG. **53** 162, **57** 109, RG. 29 III 04 JW. 287[5]). Über die Folgen des Schuldnerverzugs mit Abnahme vgl. oben zu 1 und unten zu c und d. Zwar nicht notwendig (so RG. **57** 109), aber in den Regelfällen setzt Abnahmeverzug das gleichzeitige Vorliegen von Annahmeverzug voraus (§ 373 Anm. IV), sodaß dann jedenfalls die Rechte aus § 373 gegeben sind. Die Folgen des Abnahmeverzugs können durch Vertrag abweichend vom Gesetz geregelt werden; es kann z. B. bedungen werden, daß bei Abnahmeverzug der Verkäufer nur die Rechte aus BGB. §§ 383 ff., HGB. § 373 haben solle (RG. **57** 111). — Zuständig für die Klage, mit welcher Schadensersatz wegen Abnahmeverzug ohne gleichzeitige Begründung der Klage auf Zahlungsverzug geltend gemacht wird, ist nicht das Gericht des für die Zahlungsverpflichtung bestehenden Erfüllungsorts als solches (RG. **55** 425). Dagegen ist, wenn der Käufer gleichzeitig auf Feststellung seines Nichtverpflichtetseins zu Abnahme und Zahlung klagt, der Erfüllungsort der Zahlungsverpflichtung maßgebend (RG. **56** 142). — Die Abnahmeverpflichtung kann vertragsmäßig durch Hinzufügung einer Auslagepflicht erweitert werden, z. B. wenn vereinbart ist, daß der Käufer Fracht und Zoll vorzuschießen hat, beides aber ihm zu vergüten ist. Die Nichtzahlung des Vorschusses enthält in solchem Fall Säumnis in Abnahme, nicht in Zahlung eines Kaufpreisteils (RG. **55** 426). Im Rechtsstreit auf Abnahme ist Wert des Streitgegenstandes die Höhe des Interesses des auf Abnahme Klagenden an Befreiung von der lagernden Menge (RG. **57** 402).

4. Mitwirkungspflicht des Käufers. Eine etwaige, über die körperliche Hinwegnahme hinaus bestehende verkehrsübliche oder besonders vereinbarte Mitwirkungspflicht bei Ablieferung ist nicht Teil der Abnahmepflicht (RG. **56** 178, **57** 109). Das Reichsgericht erachtet als selbständig einklagbar eine Mitwirkungspflicht des Käufers, die derart ist, daß bezüglich dieser Pflicht Leistungsverzug möglich ist (RG. **56** 178; gegen diese Ansicht vgl. § 375 Anm. I e). So z. B. bei Unterlassen des Abrufs (RG. **56** 178; über die Wirkung mangelnden Abrufs auf die Fälligkeit der Leistung des Verkäufers oben Anm. I a).

e. **Staubs Ansicht über die Folgen des Verzugs in Abnahme oder Nebenverpflichtung.**

Staub (Exk. zu § 374 Anm. 140—148) nimmt an, daß bei Nichterfüllung der Abnahmepflicht (die er für eine Nebenverpflichtung erklärt) oder einer anderen Nebenverpflichtung allein der Käufer nicht die Rechte aus § 326 BGB. hat, vielmehr nur gemäß BGB. §§ 280, 286 Schadensersatz fordern könne; er scheint also — wenngleich dies nicht klar gesagt ist — bei Verzug des Käufers mit Abnahme oder Nebenverpflichtung dem Verkäufer das Recht zu geben, Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen, und, falls infolge des Verzugs die Leistung für den Käufer kein Interesse hat, statt dessen ohne Fristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu wählen — in beiden Fällen unter Ausschließung eines Rücktrittsrechts. Diese Ansicht stützt er darauf, daß in den Urteilen RG. 1 56, Bolze 12 Nr. 461 (beide Urteile eine Nebenverpflichtung betreffend), RG. 22 112 (nicht hierher gehörend, weil nicht Verzug betreffend) die Art. 354—356 ADH. so ausgelegt worden, die Art. 354—356 ADH. aber vorbildlich für BGB. § 326 gewesen seien, daß nur diese Auslegung der Gerechtigkeit und dem Verkehrsbedürfnis entspreche, daß ferner die Fassung des BGB. § 326 und der Inhalt des BGB. § 323 Abs. 1 (§ 325 Abs. 2) nur auf Verzug mit der Hauptleistung passe, und daß unter „teilweiser" Bewirkung der Leistung in BGB. § 326 nur die Leistung eines Teils der geschuldeten Menge verstanden werden könne.

Der Ansicht Staubs kann indessen nicht zugestimmt werden (ebenso CosackBR. § 130 VI 3, Lehmann § 376 Nr. 5, Alfred Rosenthal Abnahmepflicht 25; dagegen Dernburg[3] 2 § 177 III, Goldmann § 373 Anm. 75, Kronacher Werklieferungsverzug 32; Düringer-Hachenburg verwerfen **3** 108 die Ansicht Staubs hinsichtlich des Abnahmeverzugs, billigen sie aber **3** 98 hinsichtlich Verzugs mit Nebenverpflichtungen; umgekehrt verwirft Jacobi

IheringsJ. 45 287 die Ansicht Staubs bezüglich der Nebenverpflichtungen, billigt sie aber bezüglich der Abnahmepflicht).

Zunächst ist es willkürlich, die Abnahmepflicht zu den Nebenverpflichtungen zu stellen (ebenso OLG. Hamburg 12 VII 01 OLGRspr. 4 223). In BGB. § 433 Abs. 2 sind Zahlungspflicht und Abnahmepflicht als gleichberechtigt nebeneinander gestellt. Im Einzelfall kann das allerdings gewöhnlichere Verhältnis, daß es dem Verkäufer mehr auf Zahlung als auf Abnahme ankommt, sich umkehren. So unter Umständen bei Verkauf der auf dem Bauplatz lagernden Bestandteile eines abgebrochenen Gebäudes, bei Verkauf von Bergwerks- oder Fabrikationsabfällen, bei Selbsthilfeverkäufen zwecks Lagerräumung. Ja es kann sogar ein Verkauf nur gegen Abnahmepflicht ohne Zahlungspflicht vorkommen, wie z. B. vor einigen Jahren bei dem zwecks Verbreiterung der Potsdamerstraße erfolgten Verkauf der dort stehenden Bäume durch die Stadt Berlin oder (Hohenstein GruchotsBeitr. 48 721) Verkauf von Teichschlamm zu Düngungszwecken gegen alleinige Verpflichtung des Käufers, den Schlamm auszugraben und zu entfernen.

Ferner kann nicht anerkannt werden, daß in BGB. § 326 unter teilweiser Bewirkung der Leistung nur eine teilweise Bewirkung „der Menge nach" verstanden sei. Eine dahingehende Einschränkung ist nirgends angedeutet; vielmehr ist in BGB. §§ 320 ff. überall als „Leistung" die möglicherweise aus einer Reihe verschiedener einzelner Tätigkeiten bestehende Gesamtleistung des einen Vertragsschließenden zu verstehen. Dies ist um so sicherer, als § 326 auf gegenseitige Verträge überhaupt sich bezieht, und unter diesen sehr viele denkbar sind, bei denen wohl eine teilweise Erfüllung der übernommenen Verpflichtung, aber nicht eine Erfüllung nach Mengeteilen in Frage kommen kann. Der § 326 kann aber bei seiner Anwendung auf den Sonderfall des Kaufs nicht einschränkender ausgelegt werden, als er bei Anwendung auf andere Verträge ausgelegt werden muß. Aber man vergegenwärtige sich auch nur die Anwendung auf den Kauf, indessen nicht — was hier in Frage steht — auf die Leistung des Käufers, sondern auf diejenigen des Verkäufers. Auch die Leistung des Verkäufers zerfällt in zwei Bestandteile, in die Pflicht zur Besitzverschaffung und in die Pflicht zur Rechtsverschaffung, und hier wäre es noch willkürlicher als für den Fall des Käufers, eine dieser Verpflichtungen als Haupt- und die andere als Nebenverpflichtung zu bezeichnen (mit Recht scheint daher Staub Exk. zu § 374 Anm. 34 beide als Bestandteil der „Hauptverpflichtung" aufzufassen). Erfüllt der Verkäufer nur eine dieser Verpflichtungen, und kommt er mit der anderen in Verzug, so würde es an einer gesetzlichen Festlegung der Folgen vollständig mangeln, wenn man nicht die Bestimmungen des BGB. §§ 320 ff. über die „teilweise Erfüllung" zur Anwendung bringen wollte. Daß in solchem Fall BGB. § 320 Abs. 2 Anwendung findet, anerkennt RG. 56 152, indem es gleichzeitig mit Recht allgemein ausspricht: „Die Unterscheidung in der Wirkung der teilweisen Leistung, je nachdem sie Erfüllung in der Hauptsache oder in einer Nebensache sei, ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd." — Warum aus BGB. § 323 Abs. 1 — wie Staub annimmt — folgen soll, daß unter Teilerfüllung nur Teilerfüllung der Menge nach zu verstehen sei, ist nicht erkennbar; eher könnte man daraus einen Anhalt für das Gegenteil entnehmen, denn BGB. § 323 Abs. 1 verweist auch auf BGB. § 473, der den Fall einer Verpflichtung zu verschiedenartigen Leistungen — allerdings auf Seite des zur Vollleistung Bereiten — behandelt, und wenn § 473 für den dort behandelten Fall den Kaufpreis zu den anderweitigen Leistungen des Käufers dadurch in meßbare Beziehung setzt, daß er eine Veranschlagung des Werts der letzteren in Geld vorschreibt, so gibt er einen Fingerzeig dafür, wie auch im vorliegenden Fall die von Staub als unbeantwortbar hingestellte Frage zu entscheiden ist, bezüglich welchen Teils der Gegenleistung des Verkäufers (eine Minderung der Leistung des Käufers, worauf Staub versehentlich die Frage richtet, kann nicht in Betracht kommen) der teilweise Rücktritt vom Vertrag gemäß § 326 oder die Nichtleistung gemäß § 323 zulässig ist.

Auf die Fassung des BGB. § 326 beruft sich Staub zu Unrecht, indem er geltend macht, es paßten die Worte „mit der ihm obliegenden Leistung" nur auf die Hauptleistung. „Leistung" ist die Gesamtleistung des einen Teils. Der Fall einer teilweisen Erfüllung, auch der einer teilweisen Erfüllung der Menge nach, ist aber für den Regelfall, daß auch die teil-

weise Erfüllung Interesse für den Nichtsäumigen hat, überhaupt nicht ausdrücklich in BGB. § 326 geregelt, sondern nur dadurch aus ihm abzuleiten (wie es auch Staub Erk. zu § 374 Anm. 111, 112 stillschweigend tut), daß man die Worte „mit der ihm obliegenden Leistung" als auch den Fall „mit einem Teil der ihm obliegenden Leistung" umfassend ansieht.

Ebensowenig schlüssig ist Staubs Bezugnahme auf den Inhalt von BGB. § 323 Abs. 1, und zwar sowohl soweit er unmittelbar wie auch soweit er infolge der in § 325 Abs. 2 enthaltenen Verweisung zur Anwendung kommt. Die Erwägung Staubs, daß der Käufer den in § 323 BGB. vorgeschriebenen Verlust des Anspruchs auf die Gegenleistung des Verkäufers nur dann erleiden dürfe, wenn die Hauptleistung des Käufers fortfalle, wird gegenstandslos, wenn man auf den Fall des Fortfallens der Nebenleistung des Käufers die in BGB. § 323 Abs. 1 gleichfalls enthaltene Vorschrift über teilweisen Fortfall der Leistung des Käufers anwendet; denn dann verliert er eben nicht ganz, sondern nur zu einem dem Wert der Nebenleistung zu demjenigen der Hauptleistung entsprechenden Teil den Anspruch auf die Gegenleistung des Verkäufers.

Die zu den Art. 354—356 ADH. ergangene Rechtsprechung kann nicht entscheiden, da der § 326 BGB., wenngleich ihm die Art. 354—345 ADH. als Vorbild dienten (Mugdan Materialien z. BGB. 2 640), doch nicht sich eng an sie anschließt, sondern auch in anderer Beziehung mehrfach von ihnen abweicht (vgl. D. 219); er darf nicht losgelöst aus seinem jetzigen Zusammenhang mit anderen Vorschriften des BGB. betrachtet werden.

Das Verkehrsbedürfnis und die Gerechtigkeit können aber auch bei der hier vertretenen Ansicht bestehen, vielleicht sogar besser, da bei Anwendung des § 326 Abs. 1 stets eine schnelle Erledigung herbeigeführt werden kann, während nach Staubs Ansicht die nachträgliche Erfüllung nur im Fall des BGB. § 286 Abs. 2 — der dem § 326 Abs. 2 entspricht — abgelehnt werden könnte. Von der vorstehend erwähnten Verschiedenheit abgesehen, weichen die Ergebnisse, zu denen die hier vertretene Ansicht in den einzelnen Fällen führt, garnicht so sehr erheblich von denen ab, zu denen auch Staub gelangt, da er sich gezwungen sieht (Anm. 147, 148), diejenigen Nebenleistungen, „die in so engem Zusammenhang mit der Hauptverpflichtung stehen, daß sie als eine Modalität der Hauptleistung sich darstellen" (was wohl so ziemlich dasselbe ist wie „wenn die Erfüllung der Hauptleistung ohne die Nebenleistung für den anderen Teil kein Interesse hat", vgl. BGB. § 325 Abs. 1 Satz 2), doch wieder für Hauptleistungen zu erklären. Übrigens ist die Ansicht Staubs, daß bei Verzug nur bezüglich der „Modalität der Hauptverpflichtung" dennoch BGB. § 326 anzuwenden sei, unvereinbar mit seiner oben erwähnten Ansicht, daß bei teilweiser Erfüllung § 326 nur anwendbar sei, wenn es sich um Mengeteile handelt.

d. **Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Folgen des Abnahmeverzugs** (hiergegen oben zu b 1, c). Das Reichsgericht hat sich der Ansicht Staubs angeschlossen. Zwar erkennt es an, daß auch Abnahmeverzug als Leistungsverzug vorkommen könne (oben zu b 3). Aber es legt (ohne nähere Begründung) den § 326 BGB. dahin aus, daß dort unter „Verzug mit der Leistung" nur ein Verzug mit derjenigen Leistung verstanden sei, „welche die Hauptleistung ist oder doch zu der im übrigen noch nicht erfüllten Hauptleistung gehört" (RG. **53** 164, **57** 110; ähnlich bezüglich BGB. § 320 Abs. 1 Satz 1: RG. 4 XI 02 JW. 634[14], RG. **54** 125; dagegen bezüglich BGB. § 320 Abs. 2: RG **56** 152; Windscheid-Kipp[9] § 321 Nr. 3 Zus. V 2 billigt die Einschränkung auf die Hauptleistung, wendet sich aber gegen die fernere Einschränkung, daß Teilverzug nur dann ausreiche, wenn im übrigen noch nicht erfüllt sei). Mangels besonderer Umstände des einzelnen Falls sei die geschuldete Abnahmepflicht weder die Hauptleistung, noch ein Teil der Hauptleistung, noch sonst zur Hauptleistung gehörig (RG. **53** 164, **56** 141, **57** 110, 401, RG. 28 IV 03 JW. Beil. 79[180]). Sie sei nicht dem Kauf wesentlich, könne vielmehr durch Vereinbarung ausgeschlossen werden, ohne daß das Rechtsgeschäft dadurch aufhöre, Kauf zu sein (RG. **57** 110). Demgemäß gewährt das Reichsgericht bei Abnahmeverzug die Rechte aus BGB. § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2 nur, wenn nach den besonderen Umständen des Falls die Abnahme eine der noch nicht erfüllten Hauptleistungen ist (RG. **53** 163, RG. 28 IV 03 JW. Beil. 79[180], 8 I 04 JW. 112[7]; ebenso OLG. Stuttgart 17 X 02 OLGRspr. **6** 49; dagegen OLG. Marienwerder 6 XII

01 OLGRspr. 6 50, OLG. Karlsruhe 11 VII 02 OLGRspr. 6 51). In einem anderen Urteil ist die Anwendbarkeit des ganzen BGB. § 326 Abs. 1, also auch des Satz 3, verneint (RG. 57 108). Den § 287 BGB. erachtet das Reichsgericht (RG. 29 III 04 JW. 287[5]) für nicht anwendbar auf Abnahmeverzug, weil § 287 nur auf Sachleistungen bezogen werden könne. Ob bei Verzug nur mit Abnahme ein Schadensersatzanspruch nach näherer Maßgabe des § 326 BGB. erhoben werden könne, läßt dahingestellt RG. 55 426. — Als Teil der Hauptleistung erachtet das Reichsgericht die Abnahmepflicht und bejaht mithin die Anwendbarkeit des § 326 BGB. bei Abnahmeverzug im Großhandel im Fall einer Lieferung von Massenartikeln und Verkäufen ab Schiff (RG. 57 112).

e. **Der Verkäufer hat bei Leistungsverzug des Käufers** in der Regel **ein dreifaches Wahlrecht.** Er kann wählen zwischen den Rechten auf:

1. Erfüllung (BGB. §§ 241, 433 Abs. 2), Schadensersatz wegen Verspätung (BGB. § 286 Abs. 1) und einstweiliges eigenes Nichterfüllen (BGB. § 320); unten Anm. X.
2. Schadensersatz wegen Nichterfüllung (BGB. § 326); unten Anm. XI.
3. Rücktritt vom Vertrag (BGB. §§ 326, 327); jedoch nicht, falls Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat (BGB. § 454); unten Anm. XII.

Im Fall fruchtloser Fristsetzung nach Urteilsrechtskraft (BGB. § 283) kommt noch hinzu:

4. Ausübung der Rechte aus BGB. § 323 (BGB. 325 Abs. 2, Abs. 1 Satz 3). Auch in diesem Fall, wenngleich das Gesetz ihn nicht als „Rücktrittsrecht" bezeichnet, wird wohl die Ausnahme des BGB § 454 entsprechend anzuwenden sein wegen Gleichheit des gesetzgeberischen Grunds (vgl. auch § 376 Anm. IV a).

Alle diese Rechte ruhen auf dem ursprünglichen Vertrag (oben Anm. V e). — Über die Folgen des Leistungsverzugs bezüglich eines Teils der Leistung vgl. unten Anm. XIII ff.; über die Folgen eines Verzugs nur mit Abnahme vgl. oben Anm. IX c, d. Über Fixgeschäfte vgl. zu § 376.

Da — abgesehen von den nur einige Sonderfälle treffenden besonderen Bestimmungen des BGB. §§ 440 Abs. 2—4, 441, 454 — die gleichen Vorschriften (BGB. §§ 320—327, 361, HGB. § 376) sowohl die Leistungssäumnis des **Verkäufers** wie auch die des **Käufers** treffen, in beiden Fällen also grundsätzlich die gleichen Regeln gelten, so ist im wesentlichen auf die in Anm. VI—VIII für den Fall der Leistungssäumnis des **Verkäufers** entwickelten Regeln zu verweisen, und in den nachstehenden Anm. X bis XII ist nur hervorgehoben, was für den Fall der Leistungssäumnis des Käufers etwa Besonderes zu bemerken ist.

f. **Gleichzeitiges Vorliegen von Leistungs-** (Abnahme-, Zahlungs-) **und Annahmeverzug des Käufers.** Liegt im Einzelfall gleichzeitig mit dem Leistungsverzug des Käufers auch Annahmeverzug desselben vor (vgl. § 373 Anm. IV), so hat Verkäufer, solange er seinerseits zur Leistung verpflichtet bleibt, wahlweise auch die Rechte aus dem Annahmeverzug (HGB. §§ 373, 374; in RG. 61 280 — falls nicht etwa S. 281 Zeile 5 „Gläubigers" nur ein Schreibfehler statt „Käufers" ist — werden die Rechte aus Gläubigerverzug und die Rechte aus Schuldnerverzug nicht in der erforderlichen Weise auseinandergehalten). Verkäufer bleibt zur Leistung verpflichtet im Fall zu e 1 (auch während des Laufs einer etwa gestellten Frist), er ist nicht mehr zur Leistung verpflichtet in den Fällen zu e 2 (unten Anm. XI b), 3 und 4. Der Umstand, daß in den Formen des § 373 versteigert ist, zwingt nicht zu dem Schluß, daß der Verkäufer seinen Anspruch nur auf Annahmeverzug des Käufers und nicht gleichzeitig auch auf dessen Schuldnerverzug stützen wolle (RG. 24 X 02 JW. Beil. 03 7[16]). Das Gericht hat zu entscheiden, ob auf Grund der vorgetragenen Tatsachen der erhobene Anspruch begründet ist, und es ist gleichgültig, ob das Gericht als rechtliche Begründung den Annahmeverzug oder den Schuldnerverzug heranziehen muß (RG. 24 X 02 JW. Beil. 03 7[16]). Auch der Verkäufer darf noch nach Klageerhebung die rechtliche Begründung seines Anspruchs ändern (dies wohl gemeint in RG. 24 X 02 JW. Beil. 03 7[16]). Ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung kann nur auf Schuldnerverzug, nicht auch auf Annahmeverzug gegründet werden (RG. 22 IX 05 in JW. 640[7] und weniger ausführlich in RG. 61 280). —

Über gleichzeitiges Vorliegen von Annahmeverzug und teilweisem Schuldnerverzug vgl. unten Anm. XIII d.

X. **Recht auf Erfüllung, Schadensersatz wegen Verspätung und einstweiliges eigenes Nichterfüllen.**

a. **Recht auf Erfüllung.** Vgl. oben Anm. VI a.

1. Inhalt. Der Anspruch auf Erfüllung geht auf Zahlung des Kaufpreises und Abnahme (BGB. § 433 Abs. 2).

2. Ort. Über die im Zweifel bestehende Verpflichtung des Käufers, das Geld an den Wohnsitz bezw. an den Ort der gewerblichen Niederlassung des Verkäufers zu übermitteln, bestimmt BGB. § 270; über Zahlungen aus öffentlichen Kassen vgl. EGBGB. Art. 92, Pr. AGBGB. Art. 11. Jene Verpflichtung läßt die Vorschriften über den Leistungsort (BGB. § 269) unberührt (BGB. § 270 Abs. 4). Das Recht auf Abnahme bleibt bestehen, auch wenn bei einem Ratenleistungsgeschäft der Käufer durch dauernde Nichtabnahme der vom Verkäufer angebotenen Raten sich außer stand gesetzt hat, die nun aufgesammelten Raten auf einmal zu verwenden (oben Anm. IV b, Staub Exk. zu § 374 Anm. 17). — Auch für die Abnahmepflicht des Käufers ist Erfüllungsort in der Regel derjenige Ort (BGB. § 269), an dem der Käufer zur Zeit des Vertragsabschlusses seinen Wohnsitz bezw. seine gewerbliche Niederlassung hatte (so für Gattungskäufe RG. **49** 75; vgl. oben Anm. IX a). — Ob durch den Verzug der Leistungsort geändert, insbesondere eine Holschuld zu einer Bringschuld wird, vgl. oben Anm. VI a 3.

b. **Recht auf Schadensersatz wegen Verspätung.** Vgl. oben Anm. VI b. Dieser Schadensersatz besteht: bei Verzug mit der Zahlung, in den zu zahlenden Verzugszinsen (BGB. §§ 288 ff., HGB. §§ 352 ff.), bei Verzug mit der Abnahme, in dem zu zahlenden Lagergeld (HGB. § 354); doch kann auch ein höherer Schaden, einschließlich entgangenen Gewinns (BGB. § 252), geltend gemacht werden (BGB. §§ 249 ff., 288 Abs. 2).

c. **Einstweiliges eigenes Nichterfüllen.** Vgl. oben Anm. VI c.

XI. **Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.**

a. **Voraussetzungen.** Sie sind dieselben wie für die Geltendmachung des gleichen Rechts durch den Käufer (oben Anm. VII a); nur greift hier nicht die Sondervorschrift des BGB. § 440 Abs. 2—4, § 441 ein, die den Fall eines der Leistung des Verkäufers anhaftenden Mangels im Recht behandelt.

b. **Einfluß der Ausübung dieses Rechts auf die eigene Leistungspflicht des Ausübenden** (also hier des Verkäufers).

1. Der Schadensersatzanspruch ein Vertragsanspruch. Unstreitig ist, daß — wie alle als Folgen des Leistungsverzugs eintretenden Rechte (oben Anm. V e) — so auch der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf dem ursprünglichen Vertrag fußt und nur eine einzelne Folgerung aus ihm durchsetzen soll (RG. **50** 267, **55** 425, **61** 130, RG. 24 VI 02 JW. Beil. 251[158]). Ebenso, daß — anders als bei Rücktritt — durch Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung das durch den Vertrag begründete Schuldverhältnis nicht auch für die Vergangenheit erlischt (RG. **54** 100). Bestritten dagegen ist, in welchem Sinn ein Fußen auf dem ursprünglichen Vertrag behauptet werden kann.

2. Wofür ist Ersatz zu leisten? Schon nach früherem Recht blieb zweifelhaft (RG. 29 X 01 JW. 846[29]), ob der Anspruch des Verkäufers sich richtet auf die ursprüngliche Gegenleistung abzüglich ihres durch Selbsthilfeverkauf gedeckten Teils (so ROH. **16** 315, RG. **41** 64) oder auf eine Ersatzleistung (so ROH. **7** 407, RG. **10** 180), und ferner, ob diese Ersatzleistung in eigentlichem Schadensersatz wegen Nichterfüllung besteht (so anscheinend RG. **29** 63, RG. 25 IV 94 JW. 283[15]), oder nicht (so ROH. **9** 118). Auch nach jetzigem Recht ist bestritten, ob unter „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung der (einseitigen) Verpflichtung des Säumigen oder Schadensersatz wegen durch Verzug des Säumigen verschuldeter Unmöglichkeit der (beiderseitigen) Erfüllung des Vertrags verstanden ist (Literaturangaben in RG. **50** 263; vgl. Beschluß des Juristentags oben Anm. VII b). Der letzteren Meinung

hat sich das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung (RG. 50 264, 53 14, 55 425, 57 106) angeschlossen, und ihr ist der Vorzug zu geben. — In einem Fall führt allerdings die vom Reichsgericht gebilligte Ansicht zu Schwierigkeiten; dann nämlich, wenn der nichtsäumige Verkäufer zwar Eigentum aber nicht Besitz, oder zwar Besitz aber nicht Eigentum übertragen hatte. Jedenfalls darf Verkäufer, nachdem er Eigentum bereits übertragen hatte, die Ware nicht mehr anderweit verkaufen (D. 220). Ferner könnte man gegen die hier vertretene Ansicht anführen, daß jedenfalls in BGB. § 479 vorausgesetzt ist (Anhang zu § 377 Anm. VIIa 4), daß der dort erwähnte „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" nicht ein Recht zur Verweigerung des nichtgezahlten Kaufpreises gibt (denn sonst hätte der „Anspruch auf Schadensersatz" mit in BGB. § 478 erwähnt werden müssen), sondern nur ein Recht zur Aufrechnung der Schadensersatzforderung mit der in voller Höhe bestehen bleibenden Kaufpreisforderung (und etwaigen anderen Forderungen); indessen ist dies wohl für die Auslegung des BGB. § 326 nicht unbedingt entscheidend, denn (Anhang zu § 377 Anm. VIIa gegen Reichsgericht) unter dem, was BGB. § 479 „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" nennt, ist ohnedies nicht dasselbe verstanden, wie unter dem in BGB. § 326 mit gleichem Namen Bezeichneten, sondern nur Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung.

3. Freiwerden beider Parteien von ursprünglicher Leistungsverpflichtung. Legt man die vom Reichsgericht gebilligte Ansicht (oben zu 2) zu grund, so wird, wer Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, gleichzeitig von der Pflicht, seinerseits zu leisten, sofort endgültig frei (RG. 53 14, 57 106, RG. 27 V 04 JW. 469 [6]; abschwächend Juristentag JW. 04 462) insoweit, wie damals seine Leistung noch nicht bewirkt ist. Bezüglich der Frage, ob die ausstehende Leistung des Nichtsäumigen noch erfüllt werden muß, hat daher das Verlangen von Schadensersatz wegen Nichterfüllung die gleiche Wirkung wie die Erklärung des Rücktritts (RG. 61 89). An die Stelle der Vertragspflichten beider Parteien tritt ein Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Ersatz desjenigen Schadens, der dadurch entsteht, daß infolge des Verzugs des Käufers der Vertrag nicht so, wie vereinbart, zur Erfüllung gelangt (RG. 50 264, 53 14, 55 425, 61 352). Zwar wird der Vertrag nicht aufgehoben, aber der ersatzpflichtige Käufer kann nichts fordern, selbst wenn der bedungene Kaufpreis höher ist als der Schaden; der bedungene Betrag des Kaufpreises hat vielmehr fortan nur die Bedeutung eines Rechnungspostens für die Berechnung des entstandenen Schadens; der für den Ersatzpflichtigen günstigste Fall ist, daß er seinerseits nichts herauszuzahlen braucht (vgl. RG. 58 177). — Über die Frage, ob auch bei „Nichterfüllungsschadensersatz" wegen Mangelhaftigkeit der Ware der Käufer von seiner Leistungspflicht frei wird oder nur aufrechnen darf, vgl. Anhang zu § 377 Anm. VIIa 4.

4. Schiedsgerichtsabrede. War bedungen, daß der Käufer auch im Fall der Beanstandung vorläufig zu zahlen habe vorbehaltlich demnächstiger Entscheidung des Schiedsgerichts, kommt der Käufer in Zahlungsverzug und wählt der Verkäufer unter Leistungsablehnung Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so erstreckt sich auf die Feststellung der Höhe dieses Schadensersatzes nicht die Schiedsgerichtsklausel, außer (unten Anm. XVIII) wenn sie im Einzelfall als so weittragend gewollt auszulegen ist (RG. 61 353). Der Verkäufer kann daher dann im Zweifel nicht verlangen, daß der Käufer Schadensersatz zunächst — vorbehaltlich späterer schiedsgerichtlicher Entscheidung — in der Höhe zahle, als wäre ihm rechtzeitig vertragsgemäße Ware angeboten worden (RG. 61 353).

5. Annahmeverzug des Käufers. Mit der Erklärung des Verkäufers, daß er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange, hört ein etwaiger Annahmeverzug des Käufers bezüglich der Restleistung des Verkäufers auf, denn Verkäufer nimmt hierdurch sein Anbieten der Restleistung zurück. Der Verkäufer kann daher in Zukunft nicht mehr die Rechte aus §§ 373, 374 wirksam ausüben.

6. Verjährung. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, da er auf dem ursprünglichen Vertrag beruht, unterliegt der gleichen Verjährung wie der Erfüllungsanspruch (RG. 61 391).

c. **Inhalt** der Schadensersatzpflicht. Vgl. oben Anm. VII b, XI b 2.

d. **Maßgebender Zeitpunkt** für Bemessung des Schadens. Vgl. oben Anm. VII c.

e. **Die beiden Arten der Schadensberechnung.**

1. Allgemeines. Vgl. oben Anm. VII d 1. Zulässig ist (D. 219, RG. 60 347) sowohl die Berechnung durch Bezugnahme auf die allgemeine Lage des Markts („abstrakt") wie auch die Berechnung durch Bezugnahme auf die besonderen Umstände bei Abwicklung des Einzelfalls („konkret"). Von Vornahme eines Selbsthilfeverkaufs ist das Recht, Schadensersatz zu fordern, nach jetzigem Recht nicht mehr abhängig (RG. 50 265, 53 14, RG. 22 IX 05 in JW. 640[7] und in RG. 61 281).

2. Berechnung nach Marktlage („abstrakter Schaden"). Vgl. oben Anm. VII d 2.

Der Schaden besteht hier in dem Unterschied zwischen dem Kaufpreis und dem zur maßgebenden Zeit (Anm. VII c) und am maßgebenden Ort (Anm. VII d 2) bestehenden Marktpreis bzw., falls für die betreffende Ware kein eigentlicher Marktpreis besteht, dem Käuflichkeitspreis, d. h. dem Preis, zu welchem allgemein derartige Waren zur maßgebenden Zeit käuflich waren (D. 219: Schadensnachweis „durch bloße Berechnung des Preisunterschiedes"). Abweichend Staub Exk. zu § 374 Anm. 27 und RG. 4 IV 05 JW. 338[6], die den Unterschied zwischen Selbstkostenpreis und Vertragspreis maßgebend sein lassen; dies ist indessen keine abstrakte, sondern eine konkrete Art der Schadensberechnung (unten zu 3 β). Derjenige Markt- bezw. Käuflichkeitspreis ist maßgebend, der bei Käufen durch Inhaber eines Gewerbebetriebs nach Art desjenigen des Verkäufers erzielbar war.

Die Berechnung des Schadens nach der Marktlage ist jedoch nicht möglich, wenn der verkaufte Gegenstand anderwärts ganz unkäuflich ist, wie z. B. unter Umständen, wenn der Gegenstand dem Verkäufer patentiert ist und nur von ihm hergestellt wird. Solange aber jener weitergehende Beweis nicht geführt wird, ist unerheblich sowohl der Einwand daß bisher der Verkäufer tatsächlich die Ware weder durch Herstellung noch Kauf beschafft habe (nur nach anderer Richtung kann dies erheblich sein, vgl. § 373 Anm. VI c), wie auch der Einwand, daß Verkäufer anderweit zu gleichem oder höherem als dem mit dem Käufer bedungenen Kaufpreis die zur Lieferung erforderliche Ware beschafft habe (und nunmehr diesen Ankauf habe rückgängig machen können), denn beide Behauptungen widerlegen nicht die Möglichkeit des rechtzeitigen Ankaufs lieferungsfähiger Ware zum Marktpreis.

3. Berechnung nach Abwicklungsergebnis („konkreter Schaden").

α. Grundregel. Vgl. oben Anm. VII d 3 α. Die Abwicklung in den Einzelfällen kann in jeder beliebigen Weise erfolgen (über die beiden Hauptfälle vgl. unten zu β und γ); doch ist das Ergebnis der Abwicklung nur insoweit für die Schadensfeststellung verwertbar, wie diese Abwicklung unter Anwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt behufs möglichster Beschränkung des Schadens geschehen ist (BGB. § 254, RG. 57 107); denn nur insoweit steht der ursächliche Zusammenhang zwischen Säumnis und Schaden fest. Das Ergebnis einer unter Verletzung der verkehrsüblichen Sorgfalt vorgenommenen Abwicklung kann für die Schadensberechnung mitbenutzt werden, wenn feststellbar ist, um welchen Betrag die Sorgfaltsverletzung das Ergebnis ungünstiger gestaltet hat; dieser Betrag ist dann in Abzug zu bringen.

β. Insbesondere Abwicklung durch Rückgängigmachung der mit Rücksicht auf die geschuldete Leistung eingegangenen Geschäfte. Vgl. oben Anm. VII d 3 β. Der Verkäufer hatte, um seinerseits rechtzeitig liefern zu können, sich die Ware gesichert, indem er sie anderwärts auf Zeit kaufte oder die erforderlichen Anstalten zu eigener Herstellung traf; da er nunmehr vom säumigen Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, wird Verkäufer von seiner eigenen Leistungspflicht frei (oben Anm. XI b 3) und macht seinen eigenen Kauf bezw. seine Herstellungsanstalten rückgängig. Der Schaden besteht in diesem Fall in dem entgangenen Gewinn (BGB. § 252), also in der Regel dem zwischen Verkäufer und Käufer vereinbarten Kaufpreis abzüglich des Einkaufspreises des Verkäufers (bezw. seiner Selbstkosten bei eigener Herstellung). Hierzu können unter Umständen auch zu ersetzende wirkliche Verluste kommen, so ein

vom Verkäufer seinem Lieferanten gezahltes Reugeld oder Abstandsgeld, eine von ihm für Vermittlung des Einkaufs gezahlte Provision, die auf den Anfang der Herstellung unnütz verwandten Arbeitslöhne.

γ. Insbesondere Abwicklung durch anderweiten Verkauf der Ware. Vgl. oben Anm. VIId3γ. Der Deckungsverkauf ist zulässig, aber nicht notwendig (RG. **50** 268, **53** 14, 57 107, RG. 22 IX 05 JW. 640[7]). Wird er vorgenommen, so ist er doch — abweichend von dem Selbsthilfeverkauf des § 373 — an keinerlei Formen gebunden, außer (§ 376 Abs. 3 Satz 2) bei Handelskauf-Fixgeschäften über Waren mit Börsen- oder Marktpreis (D. 219, RG. **53** 14). Der Verkäufer darf diesen Verkauf bei seiner Schadensberechnung zu grund legen (D. 219; RG. **53** 14, **61** 352), soweit er dabei mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verfahren ist, insbesondere nicht gegen Treu und Glauben verstoßen und das Interesse auch des säumigen Käufers nicht außer Augen gelassen hat (RG. **61** 281). — Die Höhe des Schadens besteht in dem ursprünglichen Kaufpreis abzüglich des bei dem Deckungsverkauf erzielten Preises, beide Preise gekürzt um die Beträge der besonderen Aufwendungen, die der Verkäufer bei Ausführung des ursprünglichen Verkaufs gehabt hätte bezw. bei Ausführung des Deckungsverkaufs gehabt hat. Wird ein Verkauf vertragsmäßiger Ware tatsächlich vorgenommen, so kann Käufer nicht einwenden, daß zur Zeit dieses Verkaufs der Verkäufer sich die Ware noch gar nicht beschafft hatte; erheblich wäre nur die weitergehende Behauptung, daß dem Verkäufer unmöglich gewesen wäre, rechtzeitig vor Beginn seines Verzugs (bezw. vor Ablauf einer etwa notwendig zu bewilligenden Nachfrist) seine ursprünglich bedungene Leistung zu bewirken. Ergibt sich, daß die verkaufte Ware mangelhaft war, so kann nicht etwa zunächst der Verkäufer den Unterschied zwischen bedungenem Kaufpreis und Erlös fordern vorbehaltlich der Minderungs- oder Schadensersatzansprüche des ursprünglichen Käufers (RG. 13 X 04 JW. 686[8]); hatte der Käufer nicht vorzuleisten, so ist er in solchem Fall in der Regel überhaupt nicht im Zahlungsverzug (oben Anm. IId 3), und daher der Deckungsverkauf unzulässig. Der Deckungsverkauf erfolgt für Rechnung des Verkäufers (RG. **50** 268, **53** 15); dieser behält den über den ursprünglichen Kaufpreis hinaus erzielten Erlös (D. 219, RG. **53** 15), kann aber einen anderweit erlittenen Schaden dann nur geltend machen, insoweit er jenen Mehrerlös übersteigt (Anm. VIId 3γ). Auch im übrigen sind die für den Deckungskauf (Anm. VIId 3γ) entwickelten Regeln auch auf den Deckungsverkauf entsprechend anwendbar. Insbesondere nimmt nicht jeder Verstoß in den Versteigerungsbedingungen dem Deckungsverkauf die Eigenschaft eines zur Schadensfeststellung geeigneten Mittels, sondern rechtfertigt nur einen entsprechenden Abzug (RG. **53** 15). Der Deckungsverkauf darf stattfinden, sobald der Verkäufer das Recht erworben hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern; doch kann auch ein bereits früher vorgenommener Deckungsverkauf unter Umständen berücksichtigt werden (Anm. VIId 3γ). Der Deckungsverkauf hat sich zu erstrecken auf denjenigen Teil der zu liefernden Ware, bezüglich dessen der Verkäufer noch nicht Eigentum auf den Käufer übertragen hat (oben Anm. XIb 2).

XII. **Recht auf Rücktritt vom Vertrag.**

a. **Voraussetzungen.** Auch hier gilt entsprechendes, wie für den Rücktritt des Käufers (oben Anm. VIIIa), mit der Maßgabe jedoch, daß das Rücktrittsrecht ausgeschlossen ist, wenn Verkäufer erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat (BGB. § 454). Nicht ausgeschlossen ist in diesem Fall das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (D. 220). Über die Frage, ob die Rechte aus BGB. § 323 ausgeschlossen sind, vgl. oben Anm. IXe 4.

b. **Ausschluß des Rücktrittsrechts, wenn Verkäufer erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat (BGB. § 454).** Diese Ausnahmebestimmung des BGB. § 454 setzt voraus, daß gleichzeitig die beiden darin erwähnten Voraussetzungen (unten zu 1 und 2) vorliegen; liegt nur eine vor, so bleibt der Rücktritt zulässig.

1. Erfüllung durch Verkäufer. Bestritten ist, ob BGB. § 454 das Rücktrittsrecht auch dann ausschließt, wenn Verkäufer nur teilweise erfüllt hatte (bejahend Dernburg[3] 2 § 177 II, Staub Exk. zu § 374 Anm 101; verneinend RG. **50** 140, OLG. Kiel 11 VI 01

OLGRspr. 3 205, Planck[3] § 454 Anm. 2a, Düringer-Hachenburg 2 168). Man wird zwei Fälle unterscheiden müssen (ebenso Düringer-Hachenburg 3 105). Der bejahenden Ansicht ist (wegen Gleichheit des gesetzgeberischen Grunds) beizutreten, also nur teilweiser Rücktritt zuzulassen, für den Fall, daß der Vertrag entsprechend dem geleisteten Erfüllungsteil teilbar ist, namentlich also wenn ein Mengeteil einer teilbaren Ware voll erfüllt und der Kaufpreis entweder voll oder zu dem jenem Mengeteil entsprechenden Teil gestundet ist. Dagegen ist der Rücktritt vom ganzen Vertrag zuzulassen (RG. 50 139), wenn der Verkäufer bezüglich desselben Gegenstands seine Verpflichtung nur teilweise erfüllt hat, z. B. Eigentum aber nicht Besitz oder nur mit einem Rechtsmangel behaftetes Eigentum übertragen hat. — Ob anzunehmen, daß die Unterlassung unerheblicher Erfüllungsteile dem Verkäufer das Rücktrittsrecht erhalte, vgl. oben Anm. II c.

2. Stundung des Kaufpreises.

α. Stundung. Hierunter ist verstanden, daß Käufer nur zur Nachleistung, nicht zur Leistung Zug um Zug, verpflichtet ist, und zwar gleichgültig ob dies erst nachträglich, oder ob es schon von Anfang an vereinbart worden ist (Planck[3] § 454 Anm. 2b). Keine Stundung liegt daher vor, wenn nicht nur die Zahlung, sondern auch ein wesentlicher Teil der dem Verkäufer obliegenden Leistung hinausgeschoben ist, und die Zahlung gleichzeitig mit letzterer Leistung oder vor ihr erfolgen soll (RG. 50 140). Der Vereinbarung steht die Verkehrssitte gleich (§ 346); so z. B. bei denjenigen Arten von Käufen, bei denen Zahlung erst am Schluß des Lieferungsmonats handelsgebräuchlich ist (Staub Exk. zu § 374 Anm. 102). Dem rechtlichen Anspruch des Käufers auf Zahlung zu späterer Zeit steht jedoch das tatsächliche Nichteinfordern der Zahlung seitens des Verkäufers nicht gleich (CosackBR. § 130 I 3, Staub aaO., Düringer-Hachenburg 2 168, 3 106; das Gegenteil scheint D. 220 vorauszusetzen). Stillschweigen auf ein Stundungsgesuch und Annahme von Teilzahlungen enthalten noch keine Stundung (§ 346 Anm. III a 4). Eine Stundung liegt auch in der Vereinbarung über Aufnahme der Kaufpreisforderung in eine Laufrechnung (§ 355 Anm. VI c 1), außer wenn der Laufrechnungsvertrag fristlos kündbar ist (Düringer-Hachenburg 3 106). Ebenso im Zweifel in der Vereinbarung, daß die Ausführung eines abgeschlossenen Kaufvertrags bis zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt aufgeschoben werden solle (RG. 62 184). — Erfolgt die Stundung erst, nachdem die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts bereits eingetreten sind, so ist es Auslegungsfrage, ob in der Stundung ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht liegt (Planck[3] § 454 Anm. 2 b, Dernburg[3] 2 § 73 bei Anm. 3; abweichend Düringer-Hachenburg 2 168).

β. Bedingte Stundung. Eine aufschiebend bedingte Stundung ist wirkungslos bis zum Eintritt der Bedingung (Staub aaO., Planck[3] aaO.). Eine auflösend bedingte schließt in der Regel nicht nur bis zum Eintritt der Bedingung, sondern auch darüber hinaus den Rücktritt aus, denn BGB. § 454 behandelt gerade den Fall, daß eine ursprünglich gewährte Stundung demnächst aufhört; war indessen vereinbart, daß der Eintritt der auflösenden Bedingung auf einen früheren Zeitpunkt zurückwirken soll (BGB. § 159), so wird nach Eintritt der Bedingung der Rücktritt wieder zulässig, falls nicht Verkäufer inzwischen bereits Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt und dadurch sein Wahlrecht erschöpft hatte.

γ. Teilweise Stundung. Ist nur ein Teil des Kaufpreises gestundet, so ist ausgeschlossen ein Rücktritt vom Vertrag wegen Säumnis in Zahlung des gestundeten Teils. Dagegen bleibt, falls Säumnis in Zahlung des nichtgestundeten Teils eintritt, zulässig teilweiser Rücktritt vom Vertrag in Höhe des Wertverhältnisses des nichtgestundeten Teils zum Ganzen, und wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für den Verkäufer kein Interesse hat, auch Rücktritt vom ganzen Vertrag (anscheinend ebenso Planck[3] § 454 Anm. 2 b, anscheinend abweichend Staub Exk. zu § 374 Anm. 103).

c. **Inhalt** des Rücktrittsrechts. Vgl. oben Anm. VIII b. Maßgebend sind BGB. §§ 346—356 (BGB. § 327). Der zurücktretende Verkäufer hat keinen Anspruch auf Ersatz seines negativen Vertragsinteresses (oben Anm. VIII b), insbesondere auch nicht auf Ersatz von Beförderungs- oder Lagerungskosten (P. 4593); nur wegen Verschlechterung, Untergang

oder sonstiger Rückgabeunmöglichkeit der Sache kann er Ersatz fordern (BGB. §§ 347 Satz 1, 989 ff.), und ferner Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen gemäß BGB. §§ 987 ff. (BGB. § 347 Satz 2). Der säumige Käufer kann dagegen Verzinsung des von ihm etwa gezahlten und nunmehr zurückzugebenden Kaufpreisteils (BGB. § 347 Satz 3) und Ersatz von Verwendungen in den Grenzen des BGB. §§ 994 ff. (BGB. § 347 Satz 2) fordern.

D. Teilweiser Verzug des Verkäufers oder Käufers.

XIII. **Die Regeln des BGB. über Verzug durch teilweise Nichtbewirkung** (oben Anm. II c) **der Leistung** scheinen wie folgt ausgelegt werden zu müssen (abweichend anscheinend D. 223, wo nur auf BGB. § 326 Abs. 1 Satz 3 verwiesen):

a. **Kommt eine Vertragspartei mit einem Teil der Leistung in Verzug,** so hat der Nichtsäumige die Wahl zwischen den Rechten:

1. entweder Erfüllung dieses Rechts (BGB. §§ 241, 433) nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung des Restes (BGB. § 286 Abs. 1) zu verlangen und die eigene Leistung einstweilen zurückzuhalten, letzteres jedoch nicht, insoweit nach den Umständen, insbesondere wegen Geringfügigkeit des rückständigen Teils, die Zurückhaltung gegen Treu und Glauben verstoßen würde (BGB. § 320 Abs. 2; vgl. unten Anm. XV c 4),
2. oder dem Säumigen eine Frist zu setzen mit der Erklärung, daß der Nichtsäumige die Annahme der Restleistung nach Fristablauf ablehne (BGB. § 326 Abs. 1 Satz 1 entsprechend angewendet; für Zulässigkeit entsprechender Anwendung RG. 50 142, Düringer-Hachenburg 3 95).

Hat infolge des Verzugs mit der Restleistung diese Restleistung kein Interesse für den Nichtsäumigen, so hat dieser ferner die Wahl, statt wie zu 1 oder 2 zu verfahren, ohne Fristsetzung:

3. entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Restleistung zu verlangen (BGB. § 326 Abs. 2 entsprechend angewendet; für Zulässigkeit entsprechender Anwendung RG. 50 142; über die Berechnungsart vgl. Anhang zu § 377 Anm. VII b 3),
4. oder — falls der Vertrag teilbar und demgemäß ein teilbarer Rücktritt möglich (RG. 50 142) — zu demjenigen Teil vom Vertrag zurückzutreten, der dem Wertverhältnis desjenigen Teils der vom Säumigen vertragsmäßig zu bewirkenden Leistung, bezüglich dessen Verzug vorliegt, zu dem übrigen Teil der vom Säumigen vertragsmäßig zu bewirkenden Leistung entspricht (BGB. § 326 Abs. 2 entsprechend angewendet; für Zulässigkeit entsprechender Anwendung RG. 50 142). Der Anspruch des Nichtsäumigen auf die Rückgewähr des von ihm Zuvielgeleisteten bestimmt sich nach den Grundsätzen über den Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer seit Rechtshängigkeit (BGB. §§ 327, 347).

Hat für den Nichtsäumigen die teilweise Erfüllung des Vertrags oder (was hiermit wohl gleichbedeutend) infolge des Verzugs mit der Restleistung die Erfüllung des ganzen Vertrags kein Interesse, so hat er ferner die Wahl, statt wie zu 1, 2, 3 oder 4 zu verfahren, ohne Fristsetzung:

5. entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Leistung des Käufers zu verlangen (BGB. §§ 326 Abs. 1 Satz 3, 325 Abs. 1 Satz 2, § 326 Abs. 2; für Anwendung des § 326 Abs. 1 Satz 3 auch auf den Fall einer vor Fristsetzung erfolgten Teilleistung: RG. 50 141; für entsprechende Anwendung mit Recht Jacobi Gruchots Beitr. 50 235, Müller GruchotsBeitr. 50 521);
6. oder von dem ganzen Vertrag zurückzutreten (BGB. §§ 326 Abs. 1 Satz 3, 325 Abs. 1 Satz 2, § 326 Abs. 2).

Ist nur ein Teil einer an sich teilbaren Sache geliefert, so muß der Nichtsäumige, wenn er die Rechte zu 5 oder 6 geltend machen will, dartun, warum dennoch im Einzelfall das Ganze als wirtschaftlich unteilbar zu behandeln ist (RG. 4 II 05 JW. 172[13]).

b. **Ist die gemäß a 2 gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen,** so hat der Nichtsäumige die Wahl zwischen den Rechten:

1. ebenso wie zu a 3 (BGB. § 326 Abs. 1 Satz 2 entsprechend angewendet; trotzdem hier

„wenn" statt — wie in BGB. § 283 Abs. 1 — „soweit" steht, ist ersteres in letzterem Sinn auszulegen, da sonst eine Vorschrift für diesen Fall überhaupt fehlen würde, dennoch aber der Fall vorkommen kann, da der Gläubiger nicht verpflichtet ist, Teilleistungen zurückzuweisen),

2. ebenso wie a 4 (BGB. § 326 Abs. 1 Satz 2 entsprechend angewendet).

Hat für den Nichtsäumigen eine teilweise Erfüllung des Vertrags kein Interesse, so hat er ferner die Wahl, statt wie zu 1 oder 2 zu verfahren,

3. ebenso wie zu a 5 (BGB. § 326 Abs. 1 Satz 3, § 325 Abs. 1 Satz 2),

4. ebenso wie zu a 6 (BGB. § 326 Abs. 1 Satz 3, § 325 Abs. 1 Satz 2, RG. 50 141. Gleichgültig ist, ob die Teilleistung vor Fristbestimmung oder (ganz oder teilweise) innerhalb der Frist erfolgt ist; die Worte „bis zum Ablauf der Frist" in BGB. § 326 Abs. 1 Satz 3 umfassen auch den ersteren Fall (unten Anm. XIV).

c. **War die Fristsetzung nach Rechtskraft eines auf Bewirkung der Restleistung lautenden Urteils erfolgt,** so hat der Nichtsäumige die Wahl zwischen den Rechten:

1. ebenso wie zu a 3 (BGB. § 325 Abs. 2, entsprechend anzuwenden § 325 Abs. 1 Satz 1; vgl. auch BGB. § 283 Abs. 1 Satz 2 „soweit"),
2. ebenso wie zu a 4 (BGB. § 325 Abs. 2, entsprechend anzuwenden § 325 Abs. 1 Satz 1),
3. die Rechte aus BGB. § 323 (BGB. § 325 Abs. 2, Abs. 1 Satz 3), d. h. Nichtbestehen auf Restleistung des Säumigen unter Minderung der Gegenleistung des Nichtsäumigen nach Maßgabe der §§ 472, 473 BGB. Der Anspruch des Nichtsäumigen auf Rückgewähr des von ihm Zuvielgeleisteten bestimmt sich (hierin liegt der Unterschied von a 4) nach den Vorschriften über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (BGB. § 325 Abs. 2, § 323 Abs. 3).

Hat für den Nichtsäumigen die teilweise Erfüllung des Vertrags kein Interesse, so hat er ferner die Wahl, statt wie zu 1, 2 oder 3 zu verfahren,

4. ebenso wie zu a 5 (BGB. § 325 Abs. 2, Abs, 1 Satz 2),
5. ebenso wie zu a 6 (BGB. § 325 Abs. 2, Abs. 1 Satz 2).

d. **Solange der Leistungssäumige auch im Annahmeverzug ist** (oben Anm. IX f), hat der Nichtsäumige bezüglich derjenigen Teile seiner Leistung, bezüglich deren der Annahmeverzug vorliegt, zugleich die aus dem Annahmeverzug sich ergebenden Rechte (BGB. §§ 372 ff., §§ 300 ff., HGB. §§ 373, 374). Der Annahmeverzug hört auf bei Zurücknahme des Leistungserbietens durch den Nichtsäumigen. Eine solche Zurücknahme liegt bei Rücktritt und bei Ausübung der Rechte aus BGB. § 323 bezüglich desjenigen Teils vor, auf den der Rücktritt oder der Anspruch auf Minderung der Gegenleistung des Nichtsäumigen sich bezieht. Ob auch bei dem Verlangen von Schadensersatz wegen Nichterfüllung, ist bestritten, aber bei Zugrundlegung der vom Reichsgericht gebilligten Ansicht (oben Anm. XI b 3) zu bejahen.

e. **Ist der Verkäufer im Verzug nur wegen Nichtbeseitigung eines Rechtsmangels, der einen Dritten zum Besitz der Sache berechtigt,** so kann der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur wählen, falls auch die ferneren in BGB. § 440 Abs. 2—4, § 441 bestimmten Voraussetzungen vorliegen (oben Anm. V d).

f. **Ist der Käufer im Verzug, war ihm jedoch der Kaufpreis gestundet, und hat der Verkäufer erfüllt,** so kann der Verkäufer nicht das Rücktrittsrecht (oben Anm. XII b und wohl auch nicht die Rechte aus BGB. § 323 (oben Anm. IX e 4) wählen.

g. **Hat der Säumige sich geweigert, den Rest zu leisten,** so bedarf es nach herrschender Meinung keiner Fristsetzung (oben Anm. I c); dieser Umstand wirkt daher so wie der infolge Verzugs eintretende Mangel eines Interesses an der Restleistung (oben zu a 3—6, c 4, 5).

h. **Verzug bezüglich eines nur geringfügigen und unwesentlichen Teils der Leistung.** Ob in diesem Fall ein Rücktrittsrecht ausschlossen, vgl. oben Anm. II c 3.

i. **Fixgeschäft.** Hierüber vgl. § 376 Anm. VII.

XIV. **Teilweise Nichtbewirkung der Leistung** liegt sowohl dann vor, wenn ein Mengeteil nicht geleistet ist, wie auch dann, wenn die geschuldete Gesamtleistung aus mehreren je auf den ganzen Gegenstand sich beziehenden (RG. 7 XI 03 JW. Beil. 138 [303]) oder aus mehreren

nur durch ihre Beziehung zu einem gemeinsamen Wertmaß miteinander vergleichbaren Einzelleistungen besteht, und nur eine dieser Einzelleistungen nicht bewirkt ist (oben Anm. V b 1, IX c). Insbesondere also bei Verzug des Käufers nur mit Abnahme (oben Anm. IX b 1, Hohenstein Gruchots Beitr. 48 722; streitig), bei Verzug des Verkäufers durch Nichtbeseitigung eines Rechtsmangels (Anm. V b, d), und bei Verzug des Käufers oder Verkäufers nur mit einer Nebenleistung (oben Anm. IX c; streitig). Der Fall einer Teilleistung nach **Mengeteilen** kann sowohl dann vorkommen, wenn für die ganze geschuldete Menge eine einheitliche Leistungszeit vorgeschrieben war, wie auch dann, wenn verabredet war, daß die einzelnen Teile zu verschiedenen Zeiten geleistet werden sollten. Der letztere Fall ist derjenige der Ratenleistungsgeschäfte (unten Anm. XV). Über die Auffassung einer mangelhaften Leistung als teilweise Nichterfüllung vgl. Anhang zu § 377 Anm. VII a. Die Vorschrift des BGB. § 326 Abs. 1 Satz 3 ist anwendbar sowohl wenn die Teilleistung vor der Fristbestimmung, wie auch, wenn sie innerhalb der Frist bewirkt wird (oben Anm. XIII a 5).

XV. **Ratenleistungsgeschäft** insbesondere.

a. **Begriff.** Unter Ratenleistungsgeschäften sind diejenigen zu verstehen, bei denen für die einzelnen Mengeteile der Leistung des einen oder beider Teile verschiedene Leistungszeiten bedungen sind. Unerheblich ist, ob die Vereinbarung bezüglich aller Raten in einem einheitlichen Vertrag getroffen ist, oder ob in mehreren Verträgen, doch so, daß nach Absicht der Parteien die mehreren Verträge ein Ganzes bilden sollten (ähnlich Staub Exk. zu § 374 Anm. 128, Bolze 9 Nr. 407). Umgekehrt ist die Gleichzeitigkeit des Abschlusses und selbst die Aufnahme mehrerer Vereinbarungen in eine Urkunde nicht unbedingt entscheidend dafür, daß die mehreren Vereinbarungen nach Absicht der Parteien ein Ganzes bilden, d. h. sich gegenseitig bedingen sollten (Bolze 20 Nr. 510, vgl. ROH. 15 425). Ob die mehreren Raten im Verhältnis der „Zusammengehörigkeit" im Sinn des BGB. § 469 stehen, vgl. Anhang zu § 377 Anm. IX d. Kein die späteren Bestellungen umfassendes Ratenleistungsgeschäft liegt im Zweifel vor, wenn die späteren Bestellungen zwar bereits ursprünglich in Aussicht genommen waren, aber die Vertragschließenden sich nicht gebunden hatten, sie zu erteilen bzw. anzunehmen (RG. 20 X 03 JW. 422[8]). Der Begriff des Ratenleistungsgeschäfts ist nicht (was Müller Gruchots Beitr. 50 510 befürwortet) auf die Fälle zu beschränken, in denen für jede Rate eine abgesonderte Gegenleistung vereinbart ist und diese Gegenleistung nicht einheitlich bewirkt werden soll; wenigstens ist es für die Fragen des Verzugs bei Ratenlieferungsgeschäften unerheblich, ob z. B. ein Gesamtpreis für alle Raten oder Einzelpreise für jede Rate vereinbart sind und ob die Zahlung in Raten oder einheitlich im voraus oder nachträglich zu geschehen hat.

b. **Die Eigentümlichkeit des Ratenleistungsgeschäfts** mit Bezug auf die Möglichkeit eines Teilverzugs liegt darin, daß hier nicht — wie in den gewöhnlichen Fällen des Mengeteilverzugs — nur dann ein Teilverzug (d. h. hier ein Verzug mit einer Rate) eintreten kann, wenn bezüglich der übrigen Menge bereits erfüllt ist, sondern auch dann, wenn bezüglich derselben noch nicht erfüllt oder nur zum Teil erfüllt ist; so insbesondere, wenn die übrigen Raten sämtlich noch nicht fällig, oder teils geleistet, teils noch nicht fällig sind. — Wegen der vereinbarten Teilbarkeit des zu leistenden Gegenstands ist jede Partei befugt, die Leistung einer einzelnen Rate selbständig anzubieten bzw. zu verlangen; so auch noch nach Ablauf der Lieferzeit, unbeschadet des Rechts der Gegenpartei, die Vertragserfüllung bezüglich aller rückständigen Raten oder eines größeren Teils derselben zu verlangen bzw. anzubieten (RG. 18 XII 03 JW. 04 90[8]).

c. **Die Regeln über Teilverzug in ihrer Anwendung auf Ratenleistungsgeschäfte** gestalten sich wie folgt:

1. Lediglich die allgemeinen Regeln über Teilverzug (oben Anm. XIII) sind bei Verzug mit einer Rate anzuwenden (ebenso Staub Exk. zu § 374 Anm. 118, Düringer-Hachenburg 3 91).
2. Rechte hinsichtlich der Raten, bezüglich deren Verzug vorliegt. Bezüglich jeder einzelnen Rate, mit welcher der Säumige in Verzug ist, kann der Nichtsäumige die aus dem Teilverzug folgenden Rechte besonders ausüben (ROH. 9 121, RG. 1 64,

17 61, Bolze 9 Nr. 397, 20 Nr. 510, RG. 17 III 03 JW. 186[44], Staub Erk. zu § 374 Anm. 120, 125, Müller GruchotsBeitr. 50 517). Dies ist eine notwendige Folge davon, daß, wenn Verzug bezüglich einer Rate vorliegt, andere Raten noch garnicht fällig zu sein brauchen (oben zu b), und daß dem Nichtsäumigen nicht zugemutet werden kann, daß er mit Ausübung seiner Rechte warte, bis auch bezüglich der letzten Rate Verzug eingetreten ist, daß er aber andererseits garnicht vorher wissen kann, ob bezüglich der künftigen Raten Verzug eintreten werde. — Hieran ist selbst dann festzuhalten, wenn zur Zeit der Ausübung eines Rechts bezüglich einer Rate bereits mehrere Raten fällig sind, und sogar, wenn zu jener Zeit bereits bezüglich mehrerer Raten Verzug eingetreten ist (ROH. 9 121, RG. 53 166); denn, da das Verfahren, durch welches der Nichtsäumige seine Rechte geltend macht, sich über lange Zeit ausdehnen kann, würden große Verwicklungen entstehen, wenn man annehmen wollte, daß ein während dieser Geltendmachung eintretender Verzug bezüglich weiterer Raten auf jenes Verfahren Einfluß hat; jenes Verfahren beginnt aber wohl schon mit fruchtlosem Ablauf der Leistungszeit, denn schon dann erwachsen dem Nichtsäumigen die Rechte auf Erfüllung und Rückhaltung der eigenen Leistung. Der Nichtsäumige kann daher gleichzeitig bezüglich jeder von mehreren Raten, in Ansehung deren Verzug vorliegt, ein anderes seiner Wahlrechte ausüben (ROH. 9 121, 13 331). — Hat er in Ansehung einer der mehreren Raten Rücktritt oder Nichterfüllungs-Schadensersatz gewählt, so scheidet diese Rate aus dem im übrigen fortbestehenden gegenseitigen Vertrag; weder können nun nachträglich noch Verzugswirkungen bezüglich der übrigen Raten wegen des Verzugs mit jener einen Rate geltend gemacht werden, noch enthält ein Verzug bei Rückgewähr der Gegenleistung für jene Rate bezw. bei Schadensersatzleistung einen Verzug in Erfüllung des Ratenleistungsvertrags (Müller GruchotsBeitr. 50 517). Ob wegen der geschuldeten Rückgewährleistung oder der geschuldeten Schadensersatzleistung das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden kann, vgl. unten zu 4. — Hat der Nichtsäumige wegen Verzug mit einer Rate bereits das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags zu fordern, oder das Recht, vom ganzen Vertrag zurückzutreten (unten zu 3) ausgeübt, so kann er selbstverständlich bezüglich der übrigen Raten kein selbständiges Recht mehr ausüben.

3. Ausübung des Wahlrechts hinsichtlich der Raten, bezüglich deren noch kein Verzug vorliegt.

   α. Ist Voraussetzung, daß infolge Verzugs kein Interesse an Vertragserfüllung? Eine Ausübung des Wahlrechts bezüglich derjenigen Raten, hinsichtlich derer noch kein Verzug vorliegt, ist nur zulässig unter den Voraussetzungen, unter denen überhaupt bei Teilverzug Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags gefordert oder vom ganzen Vertrag zurückgetreten werden kann, also (Anm. XIII a 5, 6, b 3, 4, c 4, 5) nur, wenn der Nichtsäumige kein Interesse an teilweiser Erfüllung des Vertrags hat (ebenso Düringer-Hachenburg 2 174, 3 91, OLG. Dresden 3 XII 01 OLGRspr. 4 224, Jacobi GruchotsBeitr. 50 237; dagegen geben ROH. 13 104, 16 193, 202, RG. 17 III 03, JW. 186[44] RG. 58 420, Staub Erk. zu § 374 Anm. 119, 122, Lehmann § 376 Nr. 69, Müller GruchotsBeitr. 50 518 stets bei Verzug mit einer Rate dem anderen Teil bezüglich des ganzen Vertrags das Wahlrecht, ähnlich auch RG. 39 58; dahinstellend RG. 17 61, RG. 29 X 01 JW. 02 847[20]). Selbst wenn man der Ausführung Müllers (GruchotsBeitr. 50 522), daß BGB. § 326 Abs. 1 Satz 3 diesen Fall nicht regelt, folgen wollte, würde dennoch seine Ansicht, daß BGB. § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2 unbedingt, also auch bei vorhandenem Interesse an teilweiser Vertragserfüllung, anwendbar seien, keine Stütze im Gesetz finden. Denn BGB. § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2 setzen einen Verzug mit derjenigen Leistung (also auch mit demjenigen Teil einer Leistung) voraus, bezüglich deren eine Fristsetzung erfolgen und Rücktritt oder Schadensersatz verlangt werden können. Bezüglich der noch nicht fälligen ausstehenden Ratenleistungen besteht aber kein Verzug, also würde bezüglich dieser nie § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2, sondern nur § 326 Abs. 2 zur Anwendung kommen können, der § 326 Abs. 2 setzt aber gleichfalls voraus, daß die Erfüllung des Vertrags

infolge des Verzugs kein Interesse für den Nichtsäumigen hat. — Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so ergibt sich als unzulässig, unter denjenigen Raten, bezüglich deren nicht Verzug vorliegt, einzelne herauszugreifen und in Ansehung derselben andere Rechte auszuüben als in Ansehung anderer solcher Raten (so auch RG. 17 62). — Ein Rücktritt vom ganzen Vertrag nach Leistung einiger Raten kann unter Umständen auch aus anderen Gründen als auf Grund des § 326 BGB. erklärt werden, z. B. auf Grund des BGB. § 325 Abs. 1 Satz 2 bei eintretender Unmöglichkeit der Leistung (RG. 1 65).

β. Ist zulässig Wahlrechtsausübung nur in Ansehung der ausstehenden Raten, auch wenn bezüglich einiger von ihnen noch kein Verzug vorliegt? Die Frage ist streitig. Sie ist zu verneinen. Diejenigen Raten, bezüglich deren noch kein Verzug vorliegt, können nur in der zu α erwähnten Weise (Forderung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezw. Rücktritt bezüglich des ganzen Vertrags) von der Ausübung eines Wahlrechts ergriffen werden, also nur gleichzeitig mit den erfüllten Raten. Das Gesetz gibt nur die Möglichkeit, entweder sich nur bezüglich der einzelnen Rate, bezüglich deren Verzug vorliegt (bezw. aller Raten, bezüglich deren Verzug vorliegt), zu erklären (hierüber oben zu 2), oder aber bezüglich aller Raten, geleisteteter und nicht geleisteteter, fälliger und nicht fälliger. Dagegen gibt das Gesetz keinen Anhalt dafür, daß auch die dritte Möglichkeit offen stände, sich nur bezüglich aller nichtgeleisteten Raten (einschließlich derer, bezüglich deren noch kein Verzug vorliegt) zu erklären, durch diese Erklärung aber die bereits geleisteten unberührt zu lassen (dagegen Staub Erl. zu § 374 Anm. 119, 122, Müller Gruchots Beitr. 50 518; den Rücktritt bezüglich aller nichtgeleisteten Raten gestatten ROH. 2 86, 13 78, RG. 30 I 96 JW. 153[38], 29 X 01 JW. 02 846[20], RG. 61 130, OLG. Braunschweig 9 I 91 ZHR. 40 516, Bolze 7 Nr. 578, 9 Nr. 407, 20 Nr. 511, 22 Nr. 430; daß der Nichtsäumige nicht sofort Nichterfüllungs-Schadensersatz bezüglich aller nichtgeleisteten Raten fordern kann, wenigstens nur unter besonderen Umständen, anerkennt RG. 29 X 01 JW. 02 847[20]). Düringer-Hachenburg 3 93 und Jacobi Gruchots Beitr. 50 238 sind zwar gleichfalls der Ansicht, daß nicht immer wegen Verzugs mit einer Rate das Wahlrecht nur bezüglich der ausstehenden Raten ausgeübt werden könne, befürworten aber eine ausdehnende Auslegung des Gesetzes dahin, daß dies zulässig sei, wenn infolge Eintritts des Verzugs mit einer Teilleistung die restliche Erfüllung des Vertrags kein Interesse mehr für den Käufer hat. Auch in dieser beschränkten Form ist jedoch jener Ansicht nicht zuzustimmen. Für ein solches Recht des Käufers, das im Gesetz nicht anerkannt ist und die Interessen des Verkäufers — zumal Fristsetzung in Ansehung der nichtfälligen Raten nicht erforderlich wäre — erheblich verletzen würde, ist kein Bedürfnis. Zwar wird „Rücktritt" vom ganzen Vertrag nur selten ausführbar sein wegen inzwischen erfolgten Verbrauchs der früheren Raten. Aber das Fordern von „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" des ganzen Vertrags (oben zu α) hat gleichfalls die Folge, daß bezüglich der noch ausstehenden Raten die Leistungspflicht beider Parteien aufhört (oben Anm. XI b 3), so daß kein Schwebezustand eintritt. Das letztere Recht genügt daher, um die sofortige Abwicklung eines Vertrags, den der Verkäufer nicht einhält, dem Käufer zu ermöglichen. — Über die Frage, in welchen Fällen bei Mangelhaftigkeit einer Rate Wandlung auch bezüglich der noch ausstehenden Raten oder nur bezüglich dieser Raten erklärt werden kann, vgl. Anhang zu § 377 Anm. IX b 2γ; über Notwendigkeit besonderer Mängelanzeigen vgl. § 377 Anm. V b 5. — Folgt man — im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht — der Rechtsprechung des Reichsgerchts, so ist doch zu verlangen, daß eine etwaige Erklärung des Nichtsäumigen, die sich auf alle Raten, auch diejenigen, bezüglich deren noch kein Verzug vorliegt, beziehen soll, dies deutlich erkennen läßt (RG. 61 131); anderenfalls gilt sie nur bezüglich derjenigen, hinsichtlich deren ein Verzug eingetreten war.

γ. Unerheblich, ob erste oder spätere Rate in Verzug. Ob die Rate, bezüglich deren Verzug vorliegt, die erste oder eine spätere ist, ändert an vorstehenden Grund-

sätzen nichts (zust. Düringer-Hachenburg 3 92; dagegen Staub Exk. zu § 374 Anm. 119, 122); auch wenn der Verzug die erste Rate betrifft, kann der Nichtsäumige eine auch alle künftigen Raten umfassende Erklärung sofort nur abgeben, falls er kein Interesse an teilweiser Erfüllung hat (dagegen RG. 58 420), denn das Inverzugkommen mit einer Rate läßt die Frage, ob demnächst Ganzverzug oder nur Teilverzug vorliegen wird, noch offen. Über im voraus erklärte Leistungsweigerung vgl. oben Anm. XIII g.

δ. Das Merkmal, daß der Nichtsäumige kein Interesse an teilweiser Erfüllung habe, wird bei Verträgen, die auf einen längeren Zeitraum geschlossen sind, leichter gegeben sein als bei Verträgen, die nur auf Bewirkung einmaliger Leistungen gehen. Denn Verträge der ersteren Art setzen in höherem Maß das Vertrauen auf treue Erfüllung der wechselseitigen Vertragspflichten voraus, und daher kann bei ihnen unter Umständen schon die einmalige Vertragsverletzung, selbst wenn an sich betrachtet von keinem erheblichen wirtschaftlichen Nachteil, doch die Wirkung haben, daß das Vertrauen auf die Vertragstreue des anderen Teils erschüttert wird (RG. 6 III 06 JW. 300[3]) und hierdurch das Interesse an der Restleistung aufhört (ebenso Jacobi GruchotsBeitr. 50 240).

4. Zurückhalten der Gegenleistung durch den Nichtsäumigen ist zulässig unter Anwendung der allgemeinen Regeln (Anm. XIII a 1). Unzulässig ist hiernach in der Regel die Zurückhaltung der auf die vom Säumigen bereits geleisteten Raten entfallenden Teile der eigenen Gegenleistung des Nichtsäumigen (BGB. § 320 Abs. 2 „insoweit"; dagegen Staub Exk. zu § 374 Anm. 124); doch ist eine solche Zurückhaltung zulässig, wenn sie nicht gegen Treu und Glauben verstößt, also z. B. in Höhe entstandener oder zu erwartender Gegenansprüche des Nichtsäumigen auf Schadensersatz (oben Anm. VI c), oder bei böswilliger, nach Planck[3] § 320 Anm. 4 auch bei (trotz Imstandeseins zur Erfüllung) fahrlässiger Nichterfüllung. Zulässig dagegen ist die Zurückhaltung der künftigen Raten seitens des Nichtsäumigen, wenn die andere Partei auch nur mit ihrer auf eine frühere Rate entfallenden Gegenleistung in Verzug geraten ist (ROH. 23 77, Bolze 6 Nr. 393, OLG. Braunschweig 9 I 91 ZHR. 40 516), denn „die Gegenleistung" (BGB. § 320) ist auch in solchem Fall nicht bewirkt (vgl. ROH. 9 59), da die Verpflichtung des Nichtsäumigen nicht darin besteht, je eine Rate gegen je eine Gegenleistung auszutauschen, sondern nur darin, die Gesamtheit der Raten gegen die Gesamtheit der Gegenleistungen hinzugeben; anders, wenn nur ein geringfügiger Teil der auf die frühere Rate entfallenden Gegenleistung rückständig ist (BGB. § 320 Abs. 2, OLG. Hamburg 24 V 89 ZHR. 40 516, OLG. Dresden 24 I 02 OLGRspr. 4 222). — Ist in Ansehung einer einzelnen Rate Rücktritt oder Nichterfüllungs-Schadensersatz gewählt (oben zu 2), und kommt der ursprünglich Säumige in Verzug auch mit der Rückgewähr- oder Schadensersatzleistung, so hat der Nichtsäumige im Fall der Rückgewährleistung, da insoweit der ursprüngliche Vertrag aufgehoben, nur ein Zurückbehaltungsrecht nach BGB. § 273 (dagegen Müller GruchotsBeitr. 50 518), im Fall der Schadensersatzleistung, da in diesem Fall der ursprüngliche Vertrag (wenngleich mit geändertem Inhalt) fortbesteht (oben Anm. XI b), ein Zurückbehaltungsrecht auch nach BGB. § 320 (Müller aaO.; Gegenteil vorausgesetzt RG. 61 132) an seiner auf andere Raten entfallenden Gegenleistung.

5. Ist beiderseitige Ratenleistung in der Weise vereinbart, daß je eine Rate des einen Teils je einer Rate des anderen Teils entspricht, so haben im Zweifel die Parteien jede einzelne Rate Zug um Zug zu erfüllen (Bolze 5 Nr. 675, 6 Nr. 393). Inwieweit, falls ein Teil mit einer Rate in Verzug gerät, der andere Teil nicht nur die entsprechende Rate seiner Gegenleistung, sondern auch andere Raten zurückhalten kann, vgl. oben zu 4. Ist nicht Zug um Zug zu leisten, vielmehr bedungen, daß jede Kaufgeldrate erst bestimmte Zeit nach der entsprechenden Warenrate zu leisten ist, so sind die Regeln über Ausschluß des Rücktrittsrechts bei teilweiser Stundung (oben Anm. XII b, XIII f) zu beachten.

E. Friststellung und Wahlrechtsausübung.

XVI. Friststellung mit Erklärung demnächstiger Ablehnung der Leistungsannahme.

a. **Notwendige Verbindung beider Erklärungen.** Nach BGB. § 326 (ebenso BGB. § 283) muß im Zusammenhang mit der Fristbestimmung die Erklärung abgegeben werden, daß der Erklärende die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Die Fristbestimmung ohne die Erklärung ist wirkungslos (ebenso Düringer-Hachenburg 2 146); ebenso die Erklärung ohne die Fristbestimmung (dagegen Düringer-Hachenburg 2 144). Nicht unbedingt notwendig ist, daß beides gleichzeitig geschieht; doch muß ein Zusammenhang zwischen beiden Erklärungen erkennbar sein, und eine angemessene Frist muß noch von der Zeit an laufen, wann beide abgegeben sind.

b. **Friststellung** insbesondere.

1. Notwendigkeit im Fall des BGB. § 326 Abs. 1.

Das BGB. § 326 Abs. 1 fordert — entsprechend zahlreichen anderen Vorschriften des BGB. —, daß der eine Teil dem anderen eine Frist „bestimme“. Die Vorschrift weicht daher ab von derjenigen des ADH. Art. 356, wo nur verlangt war, daß dem Säumigen eine Nachfrist „gewährt“ werde. Unter „gewähren“ konnte mit der früheren Rechtsprechung (ROH. 8 127, 9 126, 12 62, RG. 1 241, 5 104) ein stillschweigendes Belassen mitbegriffen werden. Nicht aber auch unter „bestimmen“; der letztere Ausdruck kann nicht auf ein bloßes Dulden, sondern nur auf ein Tun des Nichtsäumigen bezogen werden (RG. 56 234, D. 220, Staub Erl. zu § 374 Anm. 73 ff., Lehmann § 376 Nr. 35, Düringer-Hachenburg 2 144, CosackBR. § 123 III 2c; dagegen Dernburg[3] 2 § 98 IV 1). Die notwendige ausdrückliche Setzung einer Frist wird daher nicht dadurch unnötig gemacht, daß auf die an den Nichtsäumigen gerichtete Aufforderung des Säumigen, ihm eine Nachfrist zu bestimmen, der Nichtsäumige sich nicht erklärt (Staub aaO. Anm. 73). Fordert in einem Fall, in dem eine Fristsetzung erforderlich gewesen wäre, der Nichtsäumige ohne vorherige Fristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist dies Verlangen unwirksam, der Anspruch auf Erfüllung wird nicht ausgeschlossen, vielmehr bleibt der Vertrag unverändert bestehen (RG. 31 I 02 JW. Beil. 196), soweit nicht etwa durch Annahme jenes Verlangens ein Aufhebungsvertrag zustande kommt. Dies gilt auch dann, wenn nach einer solchen Erklärung des Nichtsäumigen der Säumige eine Zeit lang untätig bleibt (dagegen Düringer-Hachenburg 2 144).

Unnötig auch im Fall des § 326 Abs. 1 ist eine Fristsetzung, wenn hierauf — sei es im ursprünglichen Vertrag, sei es später — verzichtet worden ist (vgl. ROH. 11 425, RG. 7 79). — Ebenso nach herrschender Meinung (oben Anm. Ic), wenn der Säumige bereits ernsthaft im voraus erklärt hat, daß er Erfüllung weigere (D. 221, RG. 52 151, 56 233, RG. 29 IV 02 JW. Beil. 246[142], 20 I 03 JW. Beil. 43[91], KG. 18 XI 01 KGBl. 02 2; dagegen OLG. Breslau 24 X 01 OLGRspr. 4 14).

2. Kein Erfordernis im Fall des BGB. § 326 Abs. 2.

α. Erfüllung ohne Interesse für Nichtsäumige infolge Verzugs. Nach BGB. § 326 Abs. 2 bedarf es nicht der Bestimmung einer Frist, wenn „die Erfüllung des Vertrags“ infolge des Verzugs für den Nichtsäumigen kein Interesse hat. Daß es auch keiner stillschweigenden Belassung einer Frist bedarf, ist als selbstverständlich nicht besonders hinzugefügt. Unerheblich ist, ob der Säumige voraussehen konnte, daß im Fall der Säumnis die Erfüllung des Vertrags kein Interesse für den Nichtsäumigen haben werde; für die Höhe des zu beanspruchenden Schadensersatzes kann aber BGB. § 254 Abs. 2 von Bedeutung sein (CosackBR. § 123 III 2 b, Dernburg[3] 2 § 98 Anm. 6). Darunter, daß „die Erfüllung des Vertrags“ kein Interesse habe, ist verstanden, daß Leistung gegen Gegenleistung kein Interesse habe (RG. 50 143). Ist z. B. Gegenstand der ausstehenden Leistung des Säumigen Geld, so wird der Nichtsäumige zwar in der Regel trotz des Verzugs ein Interesse haben, das Geld zu erhalten, aber nicht immer, das bedungene Geld gegen die bedungene Ware. Der Fall, daß die „Erfüllung des Vertrags“ kein Interesse hat, liegt daher auf Seite des

Käufers vor z. B. wenn eine Modeware verkauft und durch Änderung der Mode seit Eintritt des Lieferungsverzugs entwertet ist, oder wenn Ware, die nur zu bestimmter Jahreszeit verkäuflich, bestellt, und die Jahreszeit abgelaufen ist (Bolze 10 Nr. 465, 466, 12 Nr. 454, RG. 10 I 05 JW. 137 [11], 9 VI 05 JW. 492 [15]), oder wenn eine großen Preisschwankungen unterworfene Ware seit Eintritt des Lieferungsverzugs erheblich entwertet ist, oder wenn Käufer eine Ware, die schwer zu verkaufen, infolge Auftrags bestimmter Kunden bestellt hatte, und letztere infolge Leistungssäumnis ihrerseits zurückgetreten sind (RG. 4 54, Bolze 1 Nr. 1094, Staub Exk. zu § 374 Anm. 88), oder doch bei längerem Zuwarten ihr Rücktritt in naher Aussicht stand (vgl. Bolze 17 Nr. 471). Ebenso auf Seite des Verkäufers, wenn z. B. Eis mit der Klausel „Abnahme spätestens August" verkauft, und der August verstrichen ist (Bolze 2 Nr. 1017), oder wenn Verkäufer dem nunmehr säumigen Käufer nur darum billig verkauft hatte, um zum bestimmten Zweck rechtzeitig flüssiges Geld zu haben, der Zeitpunkt aber, zu dem dieser Zweck erreicht werden konnte, infolge des Verzugs des Käufers verstrichen ist. Daß Käufer sich infolge des Verzugs des Verkäufers bereits anderweit gedeckt hat, macht eine Fristsstellung wohl nur dann überflüssig, wenn er ein Interesse hatte, die Deckung früher als vor Ablauf einer zu setzenden Frist vorzunehmen; wollte man weitergehen, so würde die Notwendigkeit einer Fristsetzung allzusehr eingeschränkt werden. — Durch besondere Vereinbarung oder Handelsgebrauch kann auch für den Fall des BGB. § 326 Abs. 2 eine Fristbestimmung erforderlich werden (unten Anm. XVIII, Staub Exk. zu § 374 Anm. 89).

β. Z u l ä s s i g ist eine Fristbestimmung auch im Fall des BGB. § 326 Abs. 2. Erfolgt sie in solchem Fall, so wird wegen des in der Fristbestimmung liegenden Vertragsangebots (unten zu 3) der Nichtsäumige nicht für berechtigt zu erachten sein, sie einseitig zurückzunehmen; vielmehr ist er nunmehr verpflichtet, innerhalb der Frist die Leistung anzunehmen. Eine Ausnahme hiervon ist jedoch wohl zuzulassen — und zwar sowohl bei Fristsetzung gemäß BGB. § 326 Abs. 1, wie auch trotz Vorliegens der Voraussetzungen des BGB. § 326 Abs. 2 — für den Fall, daß n a c h Fristsetzung Umstände bzw. n e u e Umstände eintreten, infolge deren der Nichtsäumige nunmehr kein Interesse mehr an Erfüllung des Vertrags hat; in diesem Fall ist die Ausübung der Rechte aus BGB. § 326 Abs. 2 unter Zurückziehung der Fristsetzung für zulässig zu erachten; nur muß die Zurückziehung der Fristsetzung a l s b a l d nach erlangter Kenntnis erfolgen, da andernfalls in dem Belassen der Frist der Ausdruck des Willens des Nichtsäumigen zu finden ist, trotz der neu eingetretenen Umstände es bei der Fristsetzung bewenden zu lassen.

γ. M a n g e l n d e F r i s t s e t z u n g t r o t z d e r e n E r f o r d e r l i c h k e i t. Über den Fall, daß ohne Fristsetzung die Leistungsannahme abgelehnt ist, trotzdem weder die Voraussetzungen des BGB. § 326 Abs. 2 noch erklärte Erfüllungsweigerung vorlagen, vgl. unten Anm. XVI c 3.

3. E i n e a n g e m e s s e n e Frist ist zu bestimmen.

α. A n g e m e s s e n in dem Sinn, daß dem Säumigen Zeit gelassen werden muß, trotz einer Verzögerung, die innerhalb der im Verkehr für ihn schwer vermeidlichen Grenzen bleibt, noch nachträglich zu liefern; nicht aber in dem Sinn, daß ihm genügend Zeit gelassen werden muß, mit den für die Erfüllung notwendigen Maßnahmen nunmehr erst zu b e g i n n e n (ROH. 7 392, 8 81, 13 193, Bolze 11 Nr. 395). Der Fristbestimmende braucht bei Bemessung der Fristdauer nur diejenigen Umstände in Betracht zu ziehen, die ihm bekannt waren oder bekannt sein mußten; sollen darüber hinaus auch andere Umstände berücksichtigt werden, so muß der Säumige entweder vor oder nach Fristbestimmung ihn rechtzeitig darauf aufmerksam machen (ROH. 8 126; vgl. D. 221, BGB. § 254 Abs. 2, § 157). Entscheidend sind aber überhaupt nicht l e d i g l i c h die Verhältnisse des S ä u m i g e n (D. 221). Die Frage der Angemessenheit ist keine rein tatsächliche und deshalb der Nachprüfung in der Revisionsinstanz an sich nicht entzogen (RG. 25 X 04 JW. 05 17 [13]).

β. Kann der Nichtsäumige, ohne seinerseits die Fristdauer näher zu bezeichnen, den Säumigen zur Leistung innerhalb „angemessener“ Frist wirksam auffordern? Dies ist streitig (bejahend Planck[3] § 250 Anm. 2a; verneinend Windscheid-Kipp[9] § 264 Zus. 7, Staub Exk. zu § 374 Anm. 77, Lehmann § 376 Nr. 35). Der bejahenden Ansicht ist zuzustimmen. Zwar ist BGB. § 326 Abs. 2 dahin auszulegen: „es muß eine Frist bestimmt werden, und diese muß angemessen sein“ (Staub aaO.), aber es ist weiter zu fragen: darf unter „Frist“ nur ein kalendermäßig begrenzter Zeitraum verstanden werden, oder jeder Zeitraum (gleichgültig, in welcher Weise begrenzt), binnen dessen, oder nach Ablauf dessen etwas geschehen darf oder soll? Die Beschränkung auf eine kalendermäßige Begrenzung liegt wohl aber nicht notwendig im Begriff der Frist; so setzen BGB. § 361 und HGB. § 376 voraus, daß eine „Frist“ auch nicht „festbestimmt“ sein kann. Sollte z. B., falls Verkäufer, wie dem Käufer bekannt, die Ankunft der zu liefernden Waren in einem Schiff erwartet, das sich verspätet hat, es unzulässig sein, die Frist so zu stellen: „falls nicht unverzüglich nach Ankunft des Dampfers A in Hamburg mit der Ausladung begonnen wird, die Ware mit Eilfracht schnellstens an mich abgesandt wird und mir so frühzeitig zugeht, wie es bei regelmäßiger Beförderung unter diesen Umständen geschehen müßte, lehne ich die Annahme ab“? Läßt man dies aber zu, so muß auch die unmittelbare Bezugnahme auf die „Angemessenheit“ der Frist für zulässig erachtet werden, denn BGB. § 326 setzt voraus, daß die „angemessene“ Dauer etwas sachlich Feststehendes ist, mag auch jede der Beteiligten Personen über die damit bezeichnete Größe zweifeln. Es liegt aber ferner auch kein Grund vor, warum der Nichtsäumige (also der vom Gesetz zu Begünstigende) gezwungen sein sollte, die Gefahr einer Bestimmung dessen, was im Einzelfall sachlich angemessen sei, gegen seinen Willen zu übernehmen. In genügender Weise ist daher Frist gestellt, wenn z. B. erklärt wird, daß noch Frist zur „sofortigen, umgehenden“ Nachholung gegeben werde (OLG. Hamburg 10 XII 03 OLGRspr. 8 439).

γ. Stellung einer zu kurzen Frist.

Erachtet man die Bestimmung einer „angemessenen“ Frist (ohne nähere Dauerbezeichnung) für zulässig (oben zu β) so ist auch die eventuelle Bestimmung einer „angemessenen“ Frist zulässig. Ist nun im Einzelfall nur eine Frist genau bestimmter Dauer gesetzt und nicht hinzugefügt, daß eventuell eine angemessene Frist gesetzt werde, so ist Auslegungsfrage, ob letzteres als in diesem Einzelfall stillschweigend dennoch gewollt anzusehen ist. Im Zweifel ist dies (gegen Planck[3] § 250 Anm. 2b) zu bejahen. Wird es im Einzelfall bejaht, so kommt der Schuldner nicht in Verzug, wenn er zwar nach Ablauf der zu kurzen aber noch innerhalb der angemessenen Frist Leistung anbietet; dagegen kommt er in Verzug, wenn er auch die angemessene Frist ohne Leistungsangebot verstreichen läßt (RG. 62 69). Die Stellung einer zu kurzen Frist wirkt daher als Stellung einer angemessenen Frist (RG. 56 233, 62 69, RG. 16 II 04 JW. 172[13], 25 X 04 JW. 05 17[12] HoldheimsMSchr. 05 79, 15 XI 05 JW. 06 11[14], CosackBR. § 123 III c, Düringer-Hachenburg 2 146, Goldmann § 373 Nr. 220, Paech Leistungsverzug 157), außer wenn erkennbar der Friststeller selbst für den Fall, daß die Frist eine zu kurze sei, die spätere Annahme der Leistung ablehnen wollte (abw. Staub Exk. zu § 374 Anm. 79). Geht man hiervon aus, so wird auch nicht erfordert werden können, daß der Säumige, wenn er die gestellte Frist für zu kurz erachtet, dies unverzüglich erklären muß, um eine angemessene Frist in Lauf zu bringen (ROH. 8 127, RG. 7 80, Planck[3] § 250 Anm. 2e; dagegen Staub Exk. zu HGB. § 374 Anm. 79). — Die Ansicht (CosackBR. § 123 III c, Düringer-Hachenburg 2 146, RG. 56 233, 62 69), daß kraft Gesetzes (also auch gegen den Willen des Fristsetzenden) die Setzung einer zu kurzen Frist als Setzung einer angemessenen wirke, ist abzulehnen, weil ohne Anhalt im Gesetz.

Die Bestimmung einer Frist unter näherer Angabe ihrer Dauer wirkt als einseitige Erklärung trotz etwaigen Widerspruchs des anderen Teils. Daher kann der

Friststeller nicht von der einmal durch ihn getroffenen Fristbestimmung einseitig wieder abgehen (abweichend Lehmann § 376 Nr. 33, 37), sondern nur, wenn der Säumige entweder der gestellten Frist als einer zu kurzen widerspricht oder in anderer Weise dem Abgehen von der erfolgten Fristbestimmung zustimmt. Daher bleibt eine unter Stellung einer zu kurze Frist (selbst wenn unter Ausschließung ihrer eventuellen Verlängerung) erklärte Ablehnung der Leistungsannahme wirksam gegen den Friststeller, solange der Gegner nicht geltend macht, daß die Frist zu kurz bemessen sei (ebenso OLG. Hamburg 14 IV 02 OLGRspr. 4 46; dagegen Planck[3] § 250 Anm. 2b Wirkungslosigkeit annehmend). Darüber hinaus liegt aber in der Fristbestimmung zugleich ein Antrag zu einer Vereinbarung darüber, welche Dauer der Frist im vorliegenden Fall angemessen ist. Erklärt der Säumige sich ausdrücklich oder durch schlüssige Handlung einverstanden mit der Bemessung der Frist, so kann er später nicht einwenden, die Frist sei zu kurz gewesen (RG. 7 79, vgl. Bolze **11** Nr. 395). Entsprechend wird auch dann eine vertragliche Einigung über die Fristdauer in der Regel als erfolgt anzusehen sein, wenn der Säumige, indem er Widerspruch erhebt, zugleich eine bestimmte längere Frist als angemessen bezeichnet, und der Nichtsäumige hierauf schweigt (vgl. ROH. 8 126).

δ. Stellung einer zu langen Frist. Ist die Frist länger als angemessen bestimmt, so ist sie, da der Fristellende an seine einseitige Erklärung gebunden bleibt (oben zu γ), doch nicht einseitig abkürzbar (ROH. 8 127, Planck[3] § 250 Anm. 2b, Staub Exk. zu § 374 Anm. 79a). Der Säumige hat in diesem Fall kein Recht zu einseitiger Erhebung des Widerspruchs, da dem Nichtsäumigen auch freisteht, ob und wann er überhaupt eine Frist stellen will (vgl. unten Anm. XVIe). Für die zulässige Länge der Frist wird daher nur in der Verjährungszeit der Erfüllungsklage eine Grenze gefunden werden können.

c. **Die Erklärung der Ablehnung der Leistungsannahme** nach Fristablauf braucht nicht in den Worten des BGB. § 326 abgegeben zu werden; vielmehr genügt eine Erklärung, die deutlich zu erkennen gibt, daß schon jetzt der Erklärende den Entschluß gefaßt habe, nach Fristablauf den Anspruch auf Erfüllung nicht mehr zu verfolgen oder (RG. **48** 39) — was auf dasselbe hinauskommt (vgl. unten zu 3) — einen der (nur unter Voraussetzung des Fortfalls des Erfüllungsanspruchs gegebenen) Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (RG. **51** 351) oder Rücktritt geltend zu machen (unten Anm. XVIIb 2).

1. Genügend sind hiernach in der Regel z. B. die Redewendungen „nach Ablauf der Frist werde ich mich anderweit decken" (Staub Exk. zu § 374 Anm. 81; vgl. Bolze **4** Nr. 717) oder „die Ware anderweit beschaffen" (ROH. **15** 335, Staub aaO.; dagegen ROH. **18** 386), denn hierin liegt in der Regel die genügend deutliche Erklärung, man werde Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. Ebenso die Redewendung „nach Ablauf der Frist soll das Geschäft annulliert sein" (Staub aaO. Anm. 82), denn hierin liegt je nach den Umständen entweder die Erklärung des Rücktritts oder (vgl. Anm. XIb 3) das Verlangen von Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Ebenso die Redewendung „ich werde zurücktreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen" (Staub aaO. Anm. 98; abweichend nach früherem Recht Bolze **18** Nr. 456), denn hierin liegt jedenfalls eine Ablehnung der Leistungsannahme, wenn auch noch keine genügende Ausübung der engeren Wahl; letztere aber kann noch später erfolgen. Ebenso, wenn Gegner die Leistung geweigert hatte, die Redewendung „für den durch Ihre Annullierung entstehenden Schaden mache ich Sie verantwortlich" (RG. **58** 166). Ob in vorstehend gegebenen Beispielen auch die engere Wahl gültig erklärt ist oder ob letztere nach Fristablauf nochmals wiederholt werden muß, vgl. unten Anm. XVIIb 2. — Genügend ist auch eine aufschiebend bedingt abgegebene Erklärung (vgl. Anm. IIId), wenn dem anderen Teil das Eintreffen der Bedingung in unzweifelhafter Weise zur Kenntnis kommt und von diesem Zeitpunkt an noch eine angemessene Frist läuft (oben Anm. XVIa). Hiernach genügt z. B. ein Vergleichsanerbieten, verbunden mit für den Fall der Ablehnung erfolgender Fristsetzung und Erklärung, daß bei fruchtlosem Fristablauf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werde (Staub aaO.

Anm. 82); doch genügt nicht die Erklärung, man werde im Fall der Ablehnung des Vergleichsanerbietens den Säumigen „für allen Schaden verantwortlich machen" (ROH. 3 279), da hierbei zweifelhaft bleibt, ob Schadensersatz wegen Verspätung oder wegen Nichterfüllung gemeint ist (unten zu 2). — Eine genügende Erklärung fristloser Leistungsablehnung mit Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung liegt in der Mitteilung „ich habe mich gedeckt" (ROH. 3 320) oder in der Erhebung einer Klage auf Nichterfüllungsschadensersatz (RG. 53 14).

2. Nicht genügend dagegen ist die Erklärung, daß nach Fristablauf die Wahl zwischen dem Anspruch auf Erfüllung und den anderen Ansprüchen werde ausgeübt werden; so z. B. in der Redewendung „ich werde erwägen, ob ich die Annahme der Erfüllung ablehnen werde" (Staub Exk. zu § 374 Anm. 80, 81), unter Umständen auch in der Redewendung „ich werde gezwungen sein, mich anderweit zu decken" (ROH. 15 335; vgl. jedoch oben zu 1). Nicht genügend ist auch eine Erklärung, die keine deutliche Ablehnung der Erfüllungsannahme enthält; so z. B. die Redewendung „ich werde klagbar werden" (ROH. 15 335), „ich werde die gesetzlichen Folgerungen ziehen" (Staub aaO.), „ich fordere Sie zum letztenmal zur Lieferung auf" (vgl. ROH. 9 323), „ich werde die Sache dem Anwalt übergeben", „ich behalte mir den Rücktritt vor" (ROH. 13 98, OLG. Hamburg 15 X 88 ZHR. 38 218), „ich mache Sie für den Schaden verantwortlich" (da nicht gesagt, ob wegen Verspätung oder wegen Nichterfüllung, Dernburg[3] 2 § 98 IV 3, Bolze 8 Nr. 484, OLG. Hamburg 14 I 01 OLGRspr. 2 216, OLG. Breslau 24 X 01 OLGRspr. 4 14; dagegen OLG. Posen 14 I 04 OLGRspr. 8 440), „ich werde Sie mit der Differenz belasten" (Staub aaO.); doch wird in den beiden letztgenannten Fällen in der Regel aus dem übrigen Inhalt des Briefs hervorgehen, welcher der beiden Schäden bezw. Preisunterschiede gemeint ist, und wenn hiernach klar ist, daß Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden soll, so genügt die Erklärung. Nicht genügend ist ferner die Erklärung des Verkäufers „ich werde die Ware bestmöglichst für Ihre Rechnung verkaufen und Sie mit der Differenz belasten" (Bolze 8 Nr. 495; dagegen Staub aaO.); denn hierin liegt nur die Androhung des Verkaufs wegen Annahmeverzugs des Käufers, verbunden mit Inaussichtstellung der Aufrechnung, aber keine deutliche Erklärung darüber, ob die überschießende Leistung des Käufers als Erfüllung oder als Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden solle.

3. Im Fall des BGB. § 326 Abs. 2 bedarf es keiner Fristsetzung (obgleich sie zulässig ist, oben Anm. XVIb 2), sondern nur der Erklärung, daß Leistungsannahme abgelehnt werde. Diese letztere Erklärung bleibt auch im Fall des BGB. § 326 Abs. 2 notwendig (dagegen zu Unrecht D. 221, Staub Exk. zu § 374 Anm. 88); doch kann sie auch hier entweder in der vorstehenden allgemeinen Form (unter Vorbehalt weiterer Wahl zwischen den übrigen beiden Rechten) oder unmittelbar durch Treffen der engeren Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt abgegeben werden. Der Schuldner hat zu beweisen, falls er behauptet, erfüllt zu haben, bevor ihm die Erklärung der Leistungsablehnung zuging (vgl. RG. 4 57). — Hat der Nichtsäumige in der irrigen Annahme, daß der Fall des BGB. § 326 Abs. 2 gegeben sei, Leistungsannahme abgelehnt, ohne eine Frist zu bestimmen, so treten dieselben Folgen ein, wie wenn im Fall des BGB. § 326 Abs. 1 eine zu kurze Frist gestellt wird unter Ausschluß eventueller Stellung einer angemessenen (oben Anm. XVIb 3γ); der Säumige ist mithin an eine solche Erklärung nicht gebunden, der Nichtsäumige aber (streitig; dagegen vgl. RG. 5 III 98 JW. 364[50]) bleibt daran gebunden, solange nicht der Säumige die Unwirksamkeit geltend macht.

4. Ist für die Vornahme der Leistung des Säumigen eine Mitwirkungshandlung des Fristsetzenden erforderlich, so ist der Fristsetzende nicht genötigt, einen bestimmten Zeitpunkt für Vornahme der Handlung anzugeben (dagegen RG. 53 75); denn Angabe eines bestimmten Zeitpunkts und Setzung einer Frist, also eines Zeitlaufs, sind zwei unvereinbare Dinge. Vielmehr bleibt dem Säumigen überlassen, innerhalb der Frist einen solchen bestimmten Zeitpunkt dem Nichtsäumigen anzugeben (vgl. BGB. § 299). Über den umgekehrten Fall, daß trotz Vorliegens der Voraussetzungen des BGB.

§ 326 Abs. 2 eine Fristsetzung erfolgt, vgl. oben Anm. XVIb 2. — Alles Vorstehende gilt auch im Fall, daß (vgl. Anm. Ic) wegen erklärter Erfüllungsweigerung die Fristsetzung unnötig ist.

d. **Form.**

1. Erforderlichkeit des Zugehens. Die beiden Erklärungen (oben zu a) sind einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen (BGB. §§ 130—132). Sie werden also in dem Regelfall des BGB. § 130 erst wirksam, sobald sie dem Säumigen zugehen (vgl. HGB. § 373 Anm. XIV a). So auch, wenn das Zugehen durch Zufall verhindert wird (Dernburg[3] 2 § 98 IV 3, Lehmann § 376 Nr. 34, Düringer-Hachenburg 2 146; dagegen nach früherem Recht ROH. 8 80). Nicht aber, wenn die Verhinderung des Zugehens durch Arglist desjenigen, für den die Erklärung bestimmt ist, veranlaßt ist (RG. 58 408; dagegen RG. 29 IV 04 JW. 337[4]; dahingestellt RG. 56 264). Wird das Zugehen zwar nicht durch Arglist, aber durch einen anderen Umstand verhindert, den derjenige, dem zugehen soll, zu vertreten hat, so muß nochmals in einer Weise erklärt werden, daß dem anderen zugeht (RG. 29 IV 04 JW. 337[4]), nur daß letzterer sich nicht auf die so entstandene Verspätung des Zugehens berufen kann (RG. 58 409, RG. 29 IV 04 JW. 337[4]).

2. Begriff des Zugehens.

   α. Unter Abwesenden. Dem Zugehen an den Säumigen steht gleich das Zugehen an einen von diesem zur Entgegennahme Beauftragten (RG. 50 195) oder an einen Geschäftsführer ohne Auftrag, dessen in der Entgegennahme liegende Vertretungshandlung demnächst genehmigt worden ist (RG. 60 335). Kraft Gesetzes beauftragt sind der Prokurist (§ 49), der beim Kunden anwesende Fernreisende (§ 55 Abs. 3) und der Handlungsagent (§ 86 Abs. 2). Das Zugehen ist erfolgt, sobald der, dem erklärt werden soll, in eine Lage versetzt ist, die ihm unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit gewährt, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen (RG. 60 336). Krankheit, Abwesenheit vom Haus und dergleichen kommen dabei nicht in Betracht (RG. 60 336). Ein Zugehen liegt daher in der Ablieferung des die Willenserklärung enthaltenden Schriftstücks in dem Geschäftsraum an einen Angestellten solcher Art, daß seine Ermächtigung zur Entgegennahme vorausgesetzt werden durfte. Dies auch dann, wenn die demnächstige Nichtübermittelung nicht auf Fahrlässigkeit des Entgegennehmenden oder einem Mangel in den Geschäftseinrichtungen, sondern auf Vorsatz des Entgegennehmenden beruhte (dagegen RG. 43 193). In der Regel auch in einer Ablieferung in der Wohnung an ein Familienmitglied oder einen Dienstboten (RG. 56 263, 58 407, 60 336) oder im Einwerfen in den an der Wohnungstür befindlichen Briefkasten (RG. 58 407, 60 336). Ebenso in mündlicher Erklärung an einen in der Wohnung angetroffenen Familienangehörigen oder Dienstboten, der nach seiner Fassungskraft geeignet zur richtigen Übermittlung ist oder doch tatsächlich richtig übermittelt (RG. 60 337). Oder in Fernspruch an einen (§ 56 Anm. Ib) zur Entgegennahme des Fernspruchs Ermächtigten (RG. 61 127). Ebenso in notarieller Beurkundung der Erklärung vor dem Notar, gegenüber dem sie in dessen nichtnotarieller Eigenschaft abgegeben werden soll (RG. 49 130). Dagegen nicht im Vorzeigen eines Einschreibebriefs in einem fremden Geschäftsraum, in welchem der Adressat nur als Angestellter beschäftigt war, wenn wegen Abwesenheit des Adressaten Ablieferung nicht erfolgt (RG. 56 263) oder in vergeblichem Versuchen, einen solchen Einschreibebrief in der Wohnung des Adressaten zu bestellen (RG. 58 407).

   β. Unter Anwesenden kann eine Erklärung nicht nur mündlich durch gesprochenes Wort, sondern auch auf andere Weise, z. B. durch Überreichung eines Briefs oder einer zu unterschreibenden Urkunde, dem anderen zugehen (RG. 24 VI 05 JW. 488[6]). Das bloße Unterschreiben einer Urkunde und das Liegenlassen der Urkunde auf dem Tisch enthält noch kein Zugehen an den anderen Anwesenden, für den sie bestimmt ist, solange sie diesem noch nicht zur Wegnahme zur Verfügung gestellt ist (RG. 61 415).

3. Zeit des Zugehens. Ist überhaupt zugegangen, so gilt als Zeit des Zugehens — sowohl bei schriftlichen wie mündlichen Erklärungen — der Zeitpunkt, zu welchem der Emp-

fänger unter gewöhnlichen Verhältnissen (Krankheit, Abwesenheit und Ähnliches kommen nicht in Betracht) in der Lage war, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen, gleichgültig, wann er tatsächlich Kenntnis erhalten hat (RG. 60 336, 61 127). Dies auch, soweit es darauf ankommt, festzustellen, welche von mehreren Erklärungen zuerst zugegangen ist (RG. 60 337). Unter gewöhnlichen Verhältnissen nicht in der Lage, sofort von der Erklärung Kenntnis zu nehmen, ist ein ständiger Börsenbesucher, an dessen Angestellten in seinem Geschäftsraum während der Börsenzeit oder so kurz vorher, daß er zwecks Börsenbesuchs bereits abwesend sein mußte, ferngesprochen wird (RG. 61 127). Dagegen ist er in der Regel hierzu in der Lage, wenn der Fernspruch geraume Zeit vor Beginn der Börsenzeit erfolgt (RG. 61 127).

4. Nicht annahmebedürftig und nicht widerruflich. Die Erklärungen bedürfen keiner Annahme und sind nicht einseitig widerrufbar (RG. 53 167).
5. Formfreiheit. Die Erklärungen können auch formlos abgegeben werden. Hiernach genügt sowohl die mündliche Erklärung in der zweiseitigen gerichtlichen Verhandlung über einen Rechtsstreit, wie auch die schriftliche Erklärung in einem dem Gegner zugestellten Schriftsatz (RG. 1 XII 03 JW. 04 S. 66 [30]), z. B. der Klage (ROH. 9 347, 11 238, 12 63, 18 387, Bolze 1 Nr. 1091, RG. 53 14), der Widerklage (ROH 11 238, Bolze 9 Nr. 391), der Klagebeantwortung (ROH. 9 324, 12 63), einem späteren Schriftsatz (RG. 50 143, 53 149). Die Erklärung gilt als mit Zustellung des Schriftsatzes abgegeben (RG. 53 149).
6. Ermächtigt Prozeßvollmacht zu jenen Erklärungen? Nach feststehender Rechtsprechung enthält die Erteilung einer Prozeßvollmacht die Ermächtigung zur Entgegennahme und Abgabe aller zum Angriff und zur Verteidigung erforderlichen Erklärungen, auch derjenigen, die zugleich Rechtsgeschäfte des bürgerlichen Rechts sind und daher eine bürgerlichrechtliche Wirkung haben, z. B. Aufrechnung, Mahnung, Fristsetzung unter Androhung der Leistungsablehnung, Rücktritt, Kündigung, Anfechtung (RG. 48 221, 49 393, 50 143, 427, 53 148, 213), Mitteilung des Nichtübergangs der Geschäftsforderungen an den Geschäftserwerber (RG. 28 IX 03 JW. 389 [19]). Jedoch nur, wenn diese Erklärungen mit der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung des betreffenden Rechtsstreits zusammenhängen (RG. 22 VI 06 JW 566 [35]). Frage der Willensauslegung ist, ob die Erklärung, wenn sie in einem vorbereitenden Schriftsatz enthalten ist, hierdurch bereits endgültig abgegeben oder nur als in der nächsten mündlichen Verhandlung bevorstehend angekündigt werden sollte (RG. 22 VI 06 JW. 566 [35]). Ist ersteres beabsichtigt, so wirkt sie bereits mit Zustellung des Schriftsatzes (RG. 22 VI 06 JW. 566 [35]). Ist die Erklärung endgültig abgegeben, so wirkt sie nunmehr grundsätzlich für und gegen die Parteien auch außerhalb des Rechtsstreits, unabhängig von dem weiteren Schicksal der Erklärung im Rechtsstreit und von dem weiteren Schicksal des Rechtsstreits (RG. 22 VI 06 JW. 566 [35]). Über Rücknahme einer Mängelanzeige vgl. § 377 Anm. VIII d.
7. Friststellung im Urteil. Auch im Urteil kann gemäß CPO. § 255 eine Frist gestellt werden; es wird indessen wohl anzunehmen sein, daß auch eine Friststellung in dieser Form unwirksam ist, wenn nicht deutlich — sei es im Urteil, sei es außerhalb desselben — die Erklärung hinzugefügt wird, daß bei fruchtlosem Fristablauf die Annahme der Leistung abgelehnt wird; die Friststellung wirkt wohl erst von Rechtskraft des Urteils ab.

e. Zeit der Erklärungen.

1. Seit wann zulässig? Nach BGB. § 326 ist die Abgabe der beiden Erklärungen (oben zu a) nur zulässig unter der Voraussetzung, daß der Gegner im Verzug ist. In dieser Voraussetzung ist aber (vgl. die notwendige entsprechende Auslegung des § 326 Abs. 1 Satz 2 unten Anm. XVII b 2, andererseits § 376 Anm. III b) keine Zeitbegrenzung zu sehen (OLG. Hamburg 14 IV 02 OLGRspr. 6 47); vorher abgegebene Erklärungen genügen daher, wenn sie, weil nicht zurückgenommen, als fortwirkend anzusehen sind (Dernburg [3] 2 § 98 IV 3 und nach früherem Recht ROH. 10 241, 13 137, RG. 19 IV 84 GruchotsBeitr. 28 1064). So ist es z. B. zulässig, mit Friststellung und Androhung der

Leistungsablehnung die eventuelle Wahl zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verbinden (RG. 20 IX 04 JW. 536 [3]). Andererseits kann nicht angenommen werden, daß die Erklärungen des BGB. § 326 früher erfolgen dürfen als die Mahnung. Da aber diese erst nach Fälligkeit erfolgen darf (oben Anm. III f), so ist dies auch die früheste zulässige Zeit für die Erklärungen aus BGB. § 326 (ebenso Staub Exk. zu § 374 Anm. 84; dagegen OLG. Hamburg 14 IV 02 OLGRspr. 6 48, das annimmt, daß jedenfalls der Gläubiger seine vorzeitige Erklärung gegen sich gelten lassen muß). So — falls man annimmt, daß Weigerung nicht den Verzugsbeginn vorrückt (oben Anm. I c 4) — selbst, wenn der Säumige schon vorher die Erfüllung ausdrücklich geweigert hat (dagegen RG. 52 152, 57 115, Düringer-Hachenburg 2 149, Lehmann § 376 Nr. 40, Rudorff, und nach früherem Recht ROH. 10 239, 17 226, 23 170); doch kann Fristsetzung nach herrschender Meinung (oben Anm. I c) in diesem Fall überhaupt nicht in Betracht kommen, so daß dies nur für die Erklärung der Leistungsablehnung und für die Ausübung der Wahl zwischen Nichterfüllungs-Schadensersatz und Rücktritt erheblich ist. — Selbst wenn man aber, entgegen der hier vertretenen Ansicht, annimmt, daß die Erklärungen aus BGB. § 326 frühestens bei Eintritt des Verzugs wirksam abgegeben werden können, so hindert dies doch nicht deren Abgabe gleichzeitig und in Verbindung mit der Mahnung (RG. 50 262, RG. 8 XI 04 HoldheimsMSchr. 05 82); denn nach BGB. § 284 knüpft der Verzugsbeginn unmittelbar an die Mahnung an, ohne daß erst noch ein weiterer Zeitraum des Abwartens verfließen muß. In der Regel wird auch in den Erklärungen des BGB. § 326 bereits eine Mahnung liegen, so daß überhaupt keine besondere Mahnung außerdem erforderlich ist.

2. Bis wann zulässig? Die Abgabe der Erklärungen aus BGB. § 326 bleibt solange zulässig, wie der Erfüllungsanspruch bestehen bleibt, auch wenn seit der Fälligkeit bereits geraume Zeit verstrichen ist (ROH. 9 324, 23 85, RG. 60 348, Bolze 9 Nr. 395, OLGHamburg 15 IV 04 OLGRspr. 8 441). Ist aber die Erfüllung ausdrücklich oder durch lange Nichtgeltendmachung stillschweigend (§ 346 Anm. III a 4, oben Anm. VI a 2 ε) erlassen, so liegt darin im Zweifel auch ein Erlaß der aus dem Verzug ableitbaren Rechte. Der weitergehenden Rechtsprechung, wonach, auch abgesehen von letzterem Fall, unter Umständen, insbesondere bei arglistiger oder grobfahrlässiger Verzögerung der Rechtsausübung seitens des Nichtsäumigen die Rechte des letzteren erlöschen (§ 373 Anm. XV a 4), kann für die Zeit vor Fristsetzung und Fristablauf nicht zugestimmt werden, da bis dahin der Säumige es in der Hand hat, durch Heilung der Säumnis alle etwaigen nachteiligen Folgen von sich abzuwenden.

f. **Abgabe der Erklärungen trotz mangelnden Verzugs des Vertragsgegners.** Wird wegen angeblichen Verzugs des Vertragsgegners Leistungsannahme unter Fristsetzung abgelehnt, und ergibt sich demnächst, daß kein Verzug vorlag, so sind dieselben Grundsätze anzuwenden wie bei Stellung einer zu kurzen (unter Ausschluß einer eventuell längeren) Frist (oben Anm. XVI b 3 γ, vgl. auch c 3): die Ablehnung der Leistungsannahme ist nicht einseitig widerrufbar (RG. 28 VI 02 JW. Beil. 263 [186]); erklärt jedoch der andere Teil, daß er die Erklärung nicht als gültig anerkenne, so kann auch der Erklärende seine Erklärung wieder zurücknehmen (dagegen anscheinend RG. aaO.).

XVII. **Wahlrechtsausübung.**

a. **Wahl zwischen Beanspruchung und Ablehnung der Leistung.**

1. Bis zur Ausübung der Wahl. Mit Fälligkeit erwächst dem Gläubiger das Recht, die Leistung zu fordern (oben Anm. VI a), und mit Eintritt des Verzugs auf Seite des Leistungspflichtigen tritt das Recht auf Schadensersatz wegen Verspätung hinzu (oben Anm. VI b); diese beiden Rechte mit dem zugehörigen Recht einstweiliger Rückhaltung der eigenen Gegenleistung (oben Anm. VI c) stehen dem Nichtsäumigen ohne weiteres zu. Daneben gibt ihm BGB. § 326 das Recht, die Leistung abzulehnen (und hierdurch andere Rechte zu gewinnen). Übt der Nichtsäumige das letztere Recht wirksam aus, so ist diese Wahl endgültig bindend (BGB. § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2), er kann die Erklärung nicht einseitig zurücknehmen (RG. 53 167): eine Rechtsveränderung tritt ein, nicht lediglich

zu gunsten des Nichtsäumigen, sondern möglicherweise auch zu seinem Nachteil (RG. 56 234). Dagegen verliert der Nichtsäumige, wenn er zunächst die ersteren Rechte (oder eins von ihnen) verfolgt, dadurch noch nicht die Befugnis, unter Aufgabe jener Rechte die Ablehnung der Leistung zu wählen; weder durch die Erklärung, daß auf Vertragserfüllung bestanden werde (ROH. 13 434), noch durch Mahnung (ROH. 8 82, Bolze 2 Nr. 1018, 19 Nr. 572), durch Klageandrohung (Bolze 19 Nr. 572), durch Anstellung der Klage (RG. 15 69, Bolze 11 Nr. 409, Dernburg[8] 2 § 98 IV 4), durch Beschreiten des Berufungsrechtsgangs (OLGBraunschweig 2 IV 03 OLGRspr. 8 41), noch selbst durch Rechtskraft eines auf Erfüllung lautenden Urteils (BGB. § 325 Abs. 2, CPO. § 255; ebenso Staub Exk. zu § 374 Anm. 85, vgl. RG. 1 64; dagegen nach früherem Recht RG. 15 69, 54 355). Dies folgt daraus, daß jene ersteren Rechte ihm nicht erst auf Grund ausgeübter Wahl, sondern ohne weiteres zustehen, daß daher in ihrer Geltendmachung nicht die Ausübung einer Wahl liegt. — Keine unzulässige Klageänderung liegt vor, wenn ursprünglich auf Erfüllung geklagt ist, und wegen später (CPO. § 268 Nr. 3) erfolgter Leistungsablehnung nunmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rückgewähr kraft Rücktritts geltend gemacht wird (RG. 7 IV 03 JW. Beil. 68[156]). Anders, wenn im ersten Rechtsgang trotz Fristsetzung und Fristablaufs der Anspruch auf Erfüllung festgehalten und erst im zweiten Rechtsgang statt dessen der Anspruch auf Schadensersatz erhoben wird (RG. 52 94). — Da durch wirksame Ablehnung der Leistung des säumigen Vertragsgegners der Nichtsäumige jedenfalls (auch, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen will, oben Anm. XI b) frei von der eigenen Leistungspflicht wird, so ist gegenstandslos eine mit der endgültigen Ablehnung der gegnerischen Leistung verbundene Erklärung des Nichtsäumigen, daß er die eigene Leistung bis zur Bewirkung jener Gegenleistung zurückhalte (RG. 27 V 04 JW. 469[6]).

2. Nach Ausübung der Wahl. Während der Dauer der gestellten Frist (vgl. RG. 49 132) bleibt der Nichtsäumige zur Annahme der Leistung verpflichtet (RG. 7 80), während dieses Zeitraums kann der Säumige durch nachträgliche Leistung bewirken, daß für die Zukunft sein Verzug und dessen Folgen aufhören (RG. 25 X 04 JW. 05 13[3]); anders nur, falls nach Fristsetzung die Voraussetzungen des BGB. § 326 Abs. 2 eintreten (oben Anm. XVI b 2). Hat aber infolge der Leistungsablehnung und etwa erforderlichen fruchtlosen Fristablaufs der Nichtsäumige den Anspruch auf Erfüllung endgültig verloren, so hat er andererseits auch keine Pflicht mehr zu nachträglicher Annahme der Leistung mit Zögerungsschadensersatz (RG. 57 106, 61 89). Dies ist in BGB. § 326 allerdings nicht ausdrücklich hervorgehoben, aber nur, weil es selbstverständlich ist. Der Säumige kann ihm daher nicht mehr nachträglich die Erfüllung aufdrängen; auch nicht, wenn der Nichtsäumige die engere Wahl noch nicht vorgenommen hat (so auch in D. 221 vorausgesetzt; vgl. § 376 Anm. III b, RG. 48 9; dagegen Staub Exk. zu § 374 Anm. 97 auf Grund der früheren Rechtsprechung: ROH. 13 99, 14 394, Bolze 2 Nr. 1016, 8 Nr. 484, vgl. auch OLG. Hamburg 15 X 88 ZHR. 38 218). Noch bei dem Versuch nachträglicher Ablieferung kann z. B. der nichtsäumige Käufer den Rücktritt erklären (RG. 52 317; vgl. jedoch auch oben Anm. XVI c 3). Die Befreiung von der Pflicht zur Annahme der Leistung des Säumigen geht auch nicht dadurch wieder verloren, daß der Nichtsäumige nach Vornahme der engeren Wahl die hieraus sich ergebenden Rechte, z. B. das Recht auf Einforderung von Schadensersatz, nicht ausübt (RG. 61 89). In einer etwa trotzdem erfolgenden freiwilligen Annahme liegt ein neuer Zusatzvertrag, durch welchen der Nichtsäumige auf die durch den fruchtlosen Fristablauf erlangten Rechte je nach den Umständen ganz oder teilweise verzichtet (vgl. ROH. 17 401). Stellt der Nichtsäumige nach Fristablauf erneut eine Frist zur Lieferung, so ist zwar während Fristlaufs er, aber nicht ist der Säumige, auch wenn dieser stillschweigt, daran gebunden (OLG. Hamburg 14 IV 02 OLGRspr. 6 46); die neue Friststellung wirkt daher wie ein Anerbieten zu einem Zusatzvertrag des vorgedachten Inhalts.

3. Nach Wahlausübung eintretende Unmöglichkeit der Leistung. Wird nach erfolgter Friststellung unter Androhung der Leistungsablehnung die Leistung unmöglich,

so erlischt hierdurch für die Zukunft der Schuldnerverzug (oben Anm. I e 3). Man wird wohl anzunehmen haben, daß nicht bereits durch die Fristsetzung das Rechtsverhältnis unabhängig von der Fortdauer des Verzugs wird, sondern dem Schuldner während des ganzen Fristablaufs die Leistung möglich bleiben muß, wenn die in BGB. § 326 geordneten Folgen des fruchtlosen Fristablaufs eintreten sollen. Daher verliert in solchem Fall die erfolgte Fristsetzung ihre Wirksamkeit für die Zukunft, und es treten lediglich die Folgen der Unmöglichkeit (oben Anm. I e 3) ein. Wird dem Schuldner nicht die Leistung überhaupt, aber die Einhaltung der Frist unmöglich infolge eines erst nach Verzugsbeginn eingetretenen Zufalls, so bleibt die Fristsetzung wirksam, da (BGB. § 287 Satz 2) der Schuldner diesen Schaden zu vertreten hat (RG. 55 120). Auch dadurch wird die Fristsetzung nicht zu ungunsten des Gläubigers beeinflußt, daß dieser bereits während Fristlaufs sich in die Unmöglichkeit der Gegenleistung versetzt (dahingestellt RG. 62 88), außer wenn der Schuldner noch während der Frist Leistung gegen Gegenleistung anbietet.

b. **Engere Wahl.**

1. Inhalt. Lehnt der Nichtsäumige die Annahme der Leistung wirksam ab, so hat er nunmehr in der Regel die engere Wahl zwischen dem Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und dem Rücktritt vom Vertrag, unter Umständen (BGB. § 325 Abs. 2) auch ferner dem Recht aus BGB. § 323. In gewissen Fällen sind einzelne dieser Rechte aus besonderen Gründen ausgeschlossen; vgl. z. B. bezüglich des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung BGB. § 440 Abs. 2, 4, § 441, bezüglich des Rücktrittsrechts BGB. §§ 454, 351, 353. In solchen Fällen beschränkt sich die Möglichkeit einer engeren Wahl auf die beiden übrigen Rechte, oder — wenn nur ein Recht übrig — besteht überhaupt keine Möglichkeit einer engeren Wahl. Wirksam ist die gleichzeitige Ausübung der mehreren Wahlmöglichkeiten in der Weise, daß nur bedingt durch Unzulässigkeit des Wählens des Ersten das Zweite gewählt wird (RG. 27 V 04 JW. 469[6]). — Wird die engere Wahl so getroffen, daß dadurch eine Zug um Zug zu erfüllende Verpflichtung entsteht (wie z. B. bei Rücktritt, wenn ein Teil geleistet hatte, BGB. § 348), so braucht dennoch beim Treffen der Wahl nicht die Bereitschaft zur Gegenleistung erklärt zu werden (RG. 48 40; vgl. oben Anm. III c).

2. Zeitpunkt, Verbindung mit anderen Erklärungen. Die Wahl braucht nicht in zwei Stufen ausgeübt zu werden; zulässig ist vielmehr, daß die Wahl der Leistungsablehnung mit der engeren Wahl verbunden (RG. 61 131), und sogar (oben Anm. XVI c 1, vgl. BGB. § 326 Abs. 2), daß nur die engere Wahl ausdrücklich und die Wahl der Leistungsablehnung hierdurch stillschweigend erklärt wird. Allerdings scheinen gegen diese Möglichkeit die Worte „nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt" in BGB. § 326 Abs. 1 Satz 2 zu sprechen. Da aber (trotzdem in der Fassung des BGB. § 326 Abs. 1 die Bedingung nur in Satz 2 und nicht auch in Satz 1 ausdrücklich hervorgehoben ist) auch die Erklärung der Leistungsablehnnng nur als durch Nichtleistung innerhalb der Frist aufschiebend bedingte abgegeben wird, so muß das Gleiche auch bezüglich der Erklärung der engeren Wahl möglich sein (ebenso Düringer-Hachenburg 3 101). Andererseits kann die Erklärung der engeren Wahl nicht früher wirksam erfolgen, als die Erklärung der Leistungsablehnung zulässig ist; über die Frage, von wann an letztere zulässig, vgl. oben Anm. XVI e 1. Die Erklärung der engeren Wahl bleibt, nachdem die Leistungsablehnung erklärt ist, solange zulässig, bis ausdrücklich oder stillschweigend (§ 346 Anm. III a 4) auf einzelne oder alle wählbaren Rechte verzichtet ist. Über das Recht des Säumigen, dem Nichtsäumigen eine Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts zu stellen, so daß dieses, wenn binnen der Frist nicht ausgeübt, nicht mehr wählbar ist, vgl. oben Anm. VIII a. — Die Erklärung, durch welche Verkäufer bei Leistungsverzug des Käufers Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, kann mit der Verkaufsandrohung wegen Annahmeverzugs des Käufers verbunden werden (§ 373 Anm. XIV a).

3. Unwiderruflichkeit? Vor Ausübung der engeren Wahl besteht zwar keine Wahlschuld im Sinn des BGB. §§ 262 ff. Doch ist BGB. § 263 Abs. 1, wonach die Wahl durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil erfolgt, entsprechend anwendbar (streitig;

s. nachstehend). Diese Erklärung ist daher eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, und es gilt in dieser Beziehung dasselbe wie bezüglich der Fristsetzung und der Erklärung der Leistungsablehnung (oben Anm. XVI d). Insbesondere ist sie nicht einseitig widerrufbar (ROH. 24 331, RG. 24 VI 02 JW. Beil. 251[158], 20 IX 04 JW. 536[3], Dernburg[3] 2 § 98 V, Staub Exk. zu § 374 Anm. 95; abweichend Düringer-Hachenburg 2 152, Kipp in Festg. f. Koch 125 ff. und in Windscheid[9] § 321 Nr. 3 Zus. IX, Planck[3] § 325 Anm. 2, welche den Rücktritt für unwiderruflich erachten, dagegen Schadensersatzverlangen für widerruflich bis zu erfolgter Erfüllung oder vertraglichem Ausschluß). Ist eine unzulässige Wahl getroffen und daher die Erklärung unwirksam, so kann die Wahl nochmals anderweit ausgeübt werden (RG. 5 III 98 JW. 364[50]), falls nicht der Säumige sich mit dem Gewählten einverstanden erklärt hat, und vorbehaltlich etwaiger Ansprüche desselben auf Ersatz des Schadens, der ihm daraus erwachsen ist, daß er auf die Wirksamkeit des Erklärten vertraute. — Über die Zulässigkeit nachträglicher Änderung der Art der Schadensberechnung vgl. oben Anm. VII d 1.

c. **Kosten der Wahlrechtsausübung.** Der Säumige hat die Kosten der Friststellung und der engeren Wahl zu tragen, auch wenn der Nichtsäumige sich gemäß BGB. § 132 Abs. 1 eines Gerichtsvollziehers zur Zustellung der Erklärungen bedient hat (OLG. Karlsruhe 20 III 01 OLGRspr. 2 438). Dagegen können die Kosten einer auf Anerkennung des gültig erfolgten Rücktritts gerichteten Klage, wenn der Säumige im Rechtsstreit sofort anerkennt, nur erstattet verlangt werden, falls der Säumige durch sein Verhalten Anlaß zur Klage gegeben hat (CPO. § 93), z. B. also wenn der Nichtsäumige ein rechtliches Interesse an Abgabe des Anerkenntnisses hatte und der Säumige trotz Aufforderung nicht anerkannte (OLG. Karlsruhe 20 III 01 OLG.Rspr. 2 439).

F. Änderung der Verzugsfolgen durch Vertrag.

XVIII. **Abweichende Vereinbarungen.** Die Bestimmungen des BGB. § 326 sind nur vertragergänzend (RG. **61** 354). Abweichende Vereinbarungen sind daher in jeder Beziehung und zu jeder Zeit zulässig. Eine solche Vereinbarung, durch welche die Regeln des BGB. § 326 nach einer oder der anderen Richtung aufgehoben und durch andere ersetzt werden, kann schon im ursprünglichen Vertrag getroffen werden, aber auch noch nach Eintritt der Leistungszeit oder des Verzugs, nach Friststellung und Ablehnung der Leistungsannahme und nach Vornahme der engeren Wahl. Vgl. insbesondere über Verzicht auf den Erfüllungsanspruch Anm. VI a 2 ε, über Verzicht auf Nichterfüllungs-Schadensersatz oder Rücktritt Anm. XVII b 2, über Annahme der Leistung trotz Fristablaufs Anm. XVII a 2, über Einigung betreffend Fristlänge Anm. XVI b 3 γ, über Verzicht auf Fristsetzung Anm. XVI b 1, über Bedingen einer Fristsetzung auch für den Fall des BGB. § 326 Abs. 2 Anm. XVI b 2 α, über die Abrede, daß Rücktritt zulässig sein soll, falls — selbst ohne Verzug — nicht rechtzeitig geleistet wird, BGB. §. 361, HGB. § 376, über die Abrede, daß jedenfalls abzunehmen und zu zahlen ist vorbehaltlich schiedsrichterlicher Entscheidung über den Schadensersatz vgl. § 346 Anm. III b 2 „Arbitrage". — Unter Umständen kann nach Treu und Glauben (§ 346 Anm. I d 1) ein Erlaß von Verzugsfolgen geboten sein. Ist z. B. bei einem Vertrag, auf Grund dessen während eines längeren Zeitraums Ratenzahlungen zu leisten sind, bedungen, daß bei nicht pünktlicher Zahlung einer Rate der andere Teil zurücktreten dürfe, so würde zwar ein Rücktritt auf Grund einer vereinzelten kurzen Verzögerung mitten im friedlichen Geschäftsverkehr gegen Treu und Glauben verstoßen, nicht aber auch, wenn z. B. bereits andere Vertragsverletzungen des Säumigen vorgekommen waren, der Säumige bereits darauf aufmerksam gemacht war, daß auf pünktliche Zahlung Wert gelegt werde und der Nichtsäumige auch ein berechtigtes Interesse an Pünktlichkeit der Zahlung hatte (RG. 6 III 06 JW. 300[3]).

G. Widerstreit der Rechte.

XIX. **Örtlich maßgebendes Recht.** Für die Folgen eines Verzugs ist nicht ausschließlich das Recht des Orts maßgebend, an welchem der Säumige zu erfüllen hat (RG. **51** 219). Nach dem

Recht am Niederlassungsort des Käufers ist zu entscheiden, inwiefern dessen Leistungspflicht sich durch seinen Leistungsverzug ändert oder erweitert, ob z. B. der Käufer zur Abnahme (RG. **49** 75) oder zu Schadensersatz oder zur Zinszahlung verpflichtet ist (RG. **51** 219). Für die Abmessung der Verpflichtungen des Verkäufers bei Leistungsverzug des Käufers bleibt das am Niederlassungsort des Verkäufers geltende Recht maßgebend; nach ihm ist die Frage zu beantworten, inwiefern seine Erfüllungspflicht durch den Leistungsverzug des Käufers eingeschränkt oder erloschen ist (RG. **51** 219). — Über die neuere Rechtsprechung, daß für vertragliche Verpflichtungen im Zweifel nicht das Recht des Erfüllungsorts, sondern das Personrecht des Schuldners maßgebend sei, vgl. § 349 Anm. I d 8.

XX. **Zeitlich maßgebendes Recht.** Ist der Kaufvertrag unter altem Recht geschlossen, so kommt sowohl für die Frage nach den Voraussetzungen (RG. 5 XI 01 JW. 867, 868 RG. **52** 264) wie auch für die Frage nach den Wirkungen (RG. **52** 265) des Leistungsverzugs oder des in § 375 behandelten Bestimmungsverzugs (RG. 9 III 03 JW. 185[48]) altes Recht zur Anwendung. Über die Höhe der Verzugszinsen vgl. § 352 Anm. V.

H. Abtretung.

XXI. **Die Abtretung** der Forderung der einen Vertragspartei aus einem gegenseitigen Vertrag ist zulässig und wirksam (RG. **51** 171). Doch hat der Vertragsgegner gegenüber dem Abtretungsempfänger alle Einwendungen, die ihm mit Rücksicht auf das frühere und spätere Verhalten des Abtreters in Ansehung der von diesem geschuldeten Gegenleistung zustehen. So kann er z. B. gegenüber dem klagenden Abtretungsempfänger die etwa erhebbare (oben Anm. I b 3) Einrede der Vermögensverschlechterung auf die Verschlechterung der Vermögenslage des Abtreters gründen (RG. **51** 172). Kommt der Schuldner der abgetretenen Forderung in Verzug, so hat der Abtretungsempfänger nicht nur das Recht, auf Erfüllung zu klagen, sondern auch das Recht, unter Fristsetzung die Leistungsannahme abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern (RG. **55** 403). Aber auch das Recht, den Rücktritt vom Vertrag zu erklären (dahingestellt RG. **55** 404); und zwar im Verhältnis zum Vertragsgegner ohne Zustimmung des Abtreters. Ob im inneren Verhältnis zum Abtreter der Abtretungsempfänger verpflichtet ist, vor Ablehnung der Leistungsannahme oder vor Rücktrittserklärung die Zustimmung des Abtreters einzuholen, kann im Einzelfall verschieden zu beantworten sein und hängt von der Auslegung des der Abtretung zu grund liegenden Vertrags zwischen Abtreter und Abtretungsempfänger ab.

§ 375.

Bestimmungskauf.

Ist bei dem Kaufe einer beweglichen Sache dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten, so ist der Käufer verpflichtet, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen.

Ist der Käufer mit der Erfüllung dieser Verpflichtung im Verzuge, so kann der Verkäufer die Bestimmung statt des Käufers vornehmen oder gemäß § 326 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten. Im ersteren Falle hat der Verkäufer die von ihm getroffene Bestimmung dem Käufer mitzutheilen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung zu setzen. Wird eine solche innerhalb der Frist von dem Käufer nicht vorgenommen, so ist die von dem Verkäufer getroffene Bestimmung maßgebend.

ADH. — **Entw. I** § 346. **Entw. II** § 367.

I. Ist Bestimmungsverzug Gläubigerverzug oder Schuldnerverzug?

a. **Die Denkschrift** 217 ff. gibt hierauf keine klare Antwort. Sie schickt den Satz voraus: „Nach dem geltenden Rechte gerät der Käufer, der die Spezifikation unterläßt, in Annahmeverzug" und empfiehlt dann eine Bestimmung des Entwurfs mit den Worten: „Der Übergang des Spezifikationsrechts auf den Verkäufer steht . . . im Einklange mit den Grundsätzen, welche nach § 264 Abs. 2 BGB. bei Wahlverbindlichkeiten im Falle des Verzugs des wahlberechtigten Gläubigers gelten." Etwas später heißt es: der § 375 „erblickt in der Spezifikation ebensowohl ein Recht wie eine selbständige Vertragspflicht des Käufers und läßt folgeweise, falls die Spezifikation nicht rechtzeitig geschieht, nicht einfach die Folgen des Annahmeverzugs eintreten, erklärt vielmehr den Verkäufer für befugt, nach seiner Wahl entweder die Spezifikation selbst vorzunehmen oder die gemäß § 326 BGB. bei dem Erfüllungsverzug einer Partei dem nichtsäumigen Teile zustehenden Rechte geltend zu machen . . ." Der Schluß lautet dann: „Daß durch die Rechtsfolgen, welche der Entwurf mit dem Verzuge des Käufers in der Erfüllung der Spezifikationspflicht verbindet, die Befugnisse nicht berührt werden, welche sich für den Verkäufer aus dem gleichzeitig eingetretenen Annahmeverzuge des Käufers ergeben, und daß demnach der Verkäufer auch das ihm schon bisher zustehende Recht des Selbsthilfeverkaufs für Rechnung des Käufers ausüben kann, bedarf keiner besonderen Hervorhebung im Gesetze."

b. **Das Gesetz** spricht in § 375 Abs. 2 nur vom Verzug bei Erfüllung einer Verpflichtung, also nur vom Schuldnerverzug. Ob gleichzeitig Gläubigerverzug — sei es stets, sei es manchmal — vorliegt, erwähnt es nicht. Ob der § 375 Abs. 2 die Rechte des Verkäufers bei dem in der Verletzung der Bestimmungspflicht liegenden Schuldnerverzug des Käufers erschöpfend regelt, vgl. unten Anm. IV b.

c. **Ansicht des Verfassers von Denkschrift und Gesetz** scheint gewesen zu sein, daß bei jedem Bestimmungsverzug der Käufer gleichzeitig sowohl in Gläubigerverzug wie in Schuldnerverzug gerate. Dies ist namentlich zu entnehmen aus der oben angeführten Schlußerwägung der Denkschrift und daraus, daß im Gesetz jede Andeutung darüber fehlt, daß bei Bestimmungsverzug auch die Vorschriften über Annahmeverzug zur Anwendung kommen sollen, während dies doch beabsichtigt war.

d. **Jene Ansicht erscheint nicht haltbar.** Auch wenn man jener Auffassung, da sie insoweit im Gesetz festgelegt ist, dahin folgt, daß man überhaupt auch von einem Schuldnerverzug des Bestimmungsberechtigten sprechen will (unten zu e), so kann doch jedenfalls nur anerkannt werden, daß wenn ein solcher Schuldnerverzug vorliegt, in der Regel auch die Voraussetzungen des Annahmeverzugs gegeben sind, nicht aber (wovon D. aaO. und Staub Anm. 5 ausgehen), daß dies immer der Fall ist. Vielmehr kann im Einzelfall das Nichttreffen der Bestimmung Annahmeverzug ohne Schuldnerverzug zur Folge haben, oder auch Schuldnerverzug ohne Annahmeverzug. Ersteres z. B., wenn das Nichtbestimmen unverschuldet war; letzteres z. B., wenn das Nichtbestimmen zwar verschuldet, der Verkäufer aber nicht imstande war, rechtzeitig zu leisten.

e. **Die Möglichkeit eines Schuldnerverzugs des Bestimmungsberechtigten** anzunehmen, zwingt die Fassung des § 375 Abs. 2 (oben Anm. I b, RG. 57 110). Insoweit muß man daher der Anschauung des Verfassers von Denkschrift und Gesetz bei Auslegung des letzteren folgen.

Als zutreffend kann jene Anschauung dennoch nicht anerkannt werden. Was man sich „vorbehält", ist nach dem Willen der Beteiligten ein Recht, keine Pflicht (RG. 14 247, 30 101). Wenn das BGB. § 264 Abs. 2 von einem Verzug des wahlberechtigten Gläubigers spricht, so zielt es damit auf das Vorhandensein der Voraussetzungen des Gläubigerverzugs (Planck[3] § 264 Anm. 4 a). Der entsprechende Fall, daß beim

Werkvertrag der Besteller die behufs Herstellung bedungene Mitwirkungshandlung nicht leistet, ist in BGB. § 642 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs behandelt, und RG. 53 224 nimmt an, daß in solchem Fall die Anwendung des § 326 BGB. ausgeschlossen ist. Die Bestimmungspflicht kann auch nicht in eine Reihe mit der in BGB. § 433 Abs. 2 anerkannten Abnahmepflicht gestellt werden. Denn zwar kann unter Umständen der Verkäufer ein Interesse daran haben, daß der Käufer, außer daß er zahlt, auch abnimmt; unter keinen Umständen aber, daß er bestimmt — falls er nur trotz Nichtbestimmung abnimmt und zahlt.

Für unzutreffend ist endlich auch die Ansicht (so Staub Anm. 2, 12, Jakobi JheringsJ. 45 277, Schöller GruchotsBeitr. 46 12) zu erachten, daß der Bestimmungsverzug eine Art des Abnahmeverzugs sei (gegen jene Auffassung auch Lehmann 2 110 Fußnote 1, Düringer-Hachenburg Anm. V 2aa). Abnahmeverzug kann nur in Frage kommen, wenn der Verkäufer tatsächlich die Ware zu seiner Verfügung hat (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IX b 3), Bestimmungsverzug auch ohne dies, z. B. wenn der Verkäufer erst auf Grund der Bestimmung Rohstoffe anzuschaffen in der Lage ist. Für den Abnahmeverzug kommt ein ganz anderer Zeitpunkt in Betracht als für den Bestimmungsverzug. Bei demselben Kaufgeschäft kann Bestimmungsverzug vorliegen, aber demnächst kein Abnahmeverzug, z. B. wenn infolge Bestimmungsverzugs der Verkäufer seinerseits bestimmt und Käufer dann abnimmt; oder auch kein Bestimmungsverzug und dennoch Abnahmeverzug, z. B. wenn der Käufer zwar bestimmt, demnächst aber nicht abnimmt. Bestimmungsverzug und Abnahmeverzug sind daher als etwas völlig Verschiedenes voneinander zu trennen.

Will man das vorbehaltene Bestimmungsrecht zugleich als eine Bestimmungspflicht auffassen, so ist dies doch nur in dem Sinn möglich, daß das Bestimmen Bedingung für die Ausübung anderer Rechte des Käufers ist; der Käufer hat die Bestimmungspflicht, falls er jene anderen Rechte ausüben will. Er hat aber nicht etwa eine solche Pflicht auch, wenn er jene anderen Rechte nicht ausüben will. Daher ist für unzutreffend zu erachten (ebenso OLG. Dresden 3 XII 01 OLGRspr. 4 226; dagegen OLG. Breslau 25 IX 05 OLGRspr. 11 410 und in einem entsprechenden, in Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IX b 4 behandelten Fall RG. 56 178), wenn die Denkschrift 218 jene Pflicht als eine „selbständige" bezeichnet, und wenn Staub Anm. 5, Lehmann Nr. 9, Düringer-Hachenburg Anm. II 2, Goldmann Nr. 9, Kronacher Werklieferungsvertrag 42 (nach früherem Recht auch ROH. 16 206 und nach früherem preußischem Recht RG. 26 216, 29 19; dagegen nach früherem gemeinem Recht RG. 14 247, 30 101) eine Klage auf Erfüllung der Bestimmungspflicht zulassen. Beides ist durch die Fassung des Gesetzes zwar nicht ausgeschlossen, aber auch nicht anerkannt; das Gesetz zwingt daher nicht, auch hierin der Denkschrift zu folgen. In Wahrheit liegt der Fall einer Säumnis bei Bestimmung nicht anders als der Fall einer Säumnis bei irgend einer anderen für das Bewirken der Leistung des Schuldners erforderlichen Mitwirkungshandlung des Gläubigers, wie z. B., wenn der Käufer die Säcke, in denen geliefert werden soll, nicht sendet, oder wenn der Wechselinhaber den Wechsel nicht vorlegt, oder wenn der Reisende, der einen Fahrschein genommen hat, nicht einsteigt, sondern auf dem Bahnsteig stehen bleibt. In allen diesen Fällen kann man allenfalls den Ausdruck gebrauchen, daß der Gläubiger seinerseits die „Pflicht" habe, die Säcke zu senden, den Wechsel vorzulegen, einzusteigen; diese Pflicht ist aber keine „selbständige", eine Klage auf Erfüllung dieser Pflicht ist nicht gegeben.

Dem Vorstehenden steht nicht entgegen, daß wenn der Gläubiger sein Mitwirkungsrecht nicht ausübt, nunmehr auch der Schuldner bestimmte Rechte neu erhält. Dies ist allen Fällen des Annahmeverzugs gemeinsam, mindestens allen denen, bei welchen Inhalt der Schuld die Leistung eines Gegenstands ist (BGB. §§ 303, 372, 383). Einen grundsätzlichen Unterschied konnte es daher nicht machen, wenn für den Fall eines Verzugs des Käufers bei Bestimmung dem Verkäufer etwas ausgedehntere Rechte zugestanden werden sollten, als er bei Säumnis des Gläubigers bezüglich anderer Mitwirkungshandlungen haben würde.

f. **Für die Einreihung des § 375 in die allgemeinen Verzugsbestimmungen wird daher** — so wie einmal das Gesetz lautet — **von folgenden Grundsätzen auszugehen sein:**

1. Das Nichtbestimmen kann Annahmeverzug bewirken (ebenso ROH. 22 6,

RG. 43 104, Bolze 18 Nr. 465; dagegen ROH. 18 50). Ob es ihn im Einzelfall bewirkt, darüber entscheiden lediglich die allgemeinen Bestimmungen des BGB. §§ 293—299 (HGB. § 373 Anm. VI). — Daß das Nichtbestimmen Annahmeverzug bewirken könne, leugnet Lehmann Nr. 15, 21, weil dem Verkäufer die Möglichkeit des Selbstbestimmens gewährt sei. Zu Unrecht; denn das Selbstbestimmen ist Recht, nicht Pflicht (RG. 35 4).

2. Das Nichtbestimmen kann Schuldnerverzug des Käufers bewirken (RG. 57 110; vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IX b 4). Ob es ihn im Einzelfall bewirkt, darüber entscheiden die allgemeinen Bestimmungen des BGB. §§ 284, 285.
3. Annahmeverzug und Schuldnerverzug können gleichzeitig vorliegen. Dies ist der Fall, wenn die teilweise voneinander verschiedenen Voraussetzungen beider Verzugsarten gegeben sind.
4. Andererseits hat nicht in allen Fällen das Nichtbestimmen allein einen Verzug irgendwelcher Art zur Folge. So z. B. nicht, wenn die Zeit, wann die Bestimmung vorzunehmen, nicht kalendermäßig bestimmt ist, und der Verkäufer weder zur Bestimmung mahnt (BGB. § 284) oder auffordert (BGB. § 295 Satz 2), noch sich zur Bewirkung der Leistung erbietet (BGB. § 295 Satz 1).

II. **Kauf einer beweglichen Sache.** Da § 375 in dem Abschnitt über „Handelskauf" steht, so ist auch § 375, ebenso wie die übrigen Bestimmungen dieses Abschnitts, nur auf den Fall des Handelskaufs (§ 373 Anm. I) und die diesem gleichstehenden Verträge (§ 373 Anm. III) anzuwenden. Er ist auch anzuwenden auf den Kauf von Wertpapieren (§ 381 Abs. 1). Der Bestimmungskauf wird in der Regel Gattungskauf sein, kann jedoch auch als Sonderkauf vorkommen. Auch auf einen solchen Sonderkauf ist § 375 anwendbar, da das Gesetz nach seinem Wortlaut nicht unterscheidet (Lehmann Nr. 3, Kronacher Werklieferungsvertrag 39; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II 1 c). — Der Bestimmungskauf ist — wie der gewöhnliche Wahlkauf (vgl. unten Anm. IIIa 2) — ein einheitlicher Kauf, nicht eine Verbindung von zur Auswahl gestellten mehreren Käufen (RG. 30 102, 43 102; dagegen bei Verschiedenheit des Preises je nach Bestimmung ROH. 18 49). Unerheblich ist, ob der Verkäufer selbst die etwa vorbehaltene Herrichtung der Ware gemäß der Bestimmung ausführt oder ob er diese Herrichtung einem Dritten überträgt, etwa durch einen weiteren Bestimmungskauf (D. 218).

III. **Nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse.**

a. **Abzugrenzen vom Bestimmungskauf** sind folgende Gestaltungen:

1. Kauf, bei dem die Leistung einer Partei oder beider Parteien nicht nach sachlichen Maßstäben bestimmt ist. Nicht bindend ist ein Vertrag, inhalts dessen dem freien Belieben eines der Vertragschließenden überlassen ist, was er leisten will, oder was der andere leisten soll (Planck[3] § 315 Anm. 1). Doch ist ein Vertrag, inhalts dessen einer der Vertragschließenden die Leistung bestimmen soll, im Zweifel dahin auszulegen, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen soll; ein Vertrag, der so ausgelegt werden kann, ist gültig (BGB. §§ 315, 316). Ein Vertrag, inhalts dessen einem Dritten die Bestimmung der Leistung überlassen wird, ist im Zweifel ebenso auszulegen. Soll der Dritte nach freiem Belieben bestimmen, so ist der Vertrag nur dann ungültig, wenn eine Unterwerfung unter den Willen des Dritten in so weitgehendem Maß stattgefunden hat, daß hierin ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt (Planck[3] § 317 Anm. 1); sonst ist er zwar gültig, wird aber rückwirkend unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert (BGB. §§ 317—319). — Abweichend von allen vorstehend genannten Möglichkeiten behandelt § 375 den Fall, daß für die Bestimmung dessen, was der Verkäufer leisten soll, die nach der Verkehrsanschauung erheblichsten Grundsätze von Anfang an fest vereinbart, und nur noch verhältnismäßig unerhebliche Festsetzungen, diese aber dem freien Belieben des Käufers, vorbehalten sind.
2. Wahlvertrag.

   Das RG. 35 2 (ähnlich auch ROH. 15 147; dagegen RG. 30 100) unterscheidet den Wahlvertrag vom Bestimmungskauf dahin, daß bei ersterem einer von verschiedenen Gegenständen zu leisten sei, während bei letzterem ein bestimmter unveränderlicher Grundstoff zu leisten sei, nur in einer von mehreren seitens des Käufers auszuwählenden Formen.

Wahlvertrag liege daher z. B. vor, wenn vereinbart sei, daß „150 Stück Tuch aus der Sommerkollektion 1893" nach näherer Bestimmung des Käufers zu leisten seien. Diese Unterscheidung wird auch von Staub Anm. 1 und Lehmann Nr. 1 gebilligt. Sie erscheint jedoch nicht haltbar, da sie sowohl in den Begriff des Wahlvertrags wie in den Begriff des Bestimmungskaufs Merkmale aufnimmt, die im Gesetz keinen Anhalt haben.

Wahlschuld ist nach § BGB. 262 nicht nur diejenige, bei der mehrere Gegenstände, sondern allgemein diejenige, bei der mehrere Leistungen (z. B. auch Erklärungen, RG. **53** 84) wahlweise geschuldet werden. Die Lieferung von Winkeleisen ist aber eine andere Leistung als die Lieferung von Trägereisen, auch wenn der Grundstoff Eisen bei beiden derselbe bleibt. Die in BGB. § 262 vorausgesetzte Begriffsbestimmung umfaßt mithin auch den Bestimmungskauf des HGB. § 375. Das Verhältnis von Wahlvertrag zu Bestimmungskauf ist daher nicht dahin zu bestimmen, daß beides ganz verschiedene Gestaltungen sind, sondern dahin, daß der Bestimmungskauf eine Unterart des Wahlvertrags ist. Hieraus folgt, daß die Vorschriften des BGB. §§ 262—265 auch auf den Bestimmungskauf insoweit Anwendung finden, als nicht HGB. § 375 das Gegenteil vorschreibt. Insbesondere sind daher anwendbar BGB. §§ 263, 265.

Wenngleich nun hiernach der Bestimmungskauf als Unterart des Wahlvertrags anzuerkennen ist, wird hierdurch eine Abgrenzung beider voneinander doch nicht entbehrlich, da die in § 375 für den Unterfall des Bestimmungskaufs gegebenen Vorschriften zum Teil von den allgemeinen Vorschriften über den Wahlkauf, namentlich von BGB. § 264 Abs. 2 (unten Anm. IV b 1), abweichen. Diese Abgrenzung kann aber nicht in dem Gesichtspunkt einer Einheitlichkeit oder Verschiedenheit des Grundstoffs gefunden werden. Zwar weisen „Form" und „Maß" in § 375 auf die Einheitlichkeit des Grundstoffs, „ähnliche Verhältnisse" weist aber auf die Verkehrsanschauung, und diese macht keinen Unterschied, ob der Grundstoff einheitlich oder nicht. Schon in anderer Beziehung, im § 378, hat der Gesetzgeber, der Verkehrsanschauung folgend, die strenge Unterscheidung zwischen Verschiedenheiten mehrerer zu einer Warengattung gehörenden Waren und Verschiedenheiten zwischen Waren einer und einer ähnlichen zweiten Warengattung aufgeben müssen. Nicht darauf kann es ankommen, ob die mehreren Gegenstände stofflich gleich zusammengesetzt sind, sondern nur darauf, ob für den Verkehr die mehreren Gegenstände als ganz verschiedene Warengattungen gelten. So wird z. B. Garn verschiedener Färbung als eine Warengattung anzusehen sein, trotzdem infolge Einstreuung von Körnern verschiedener Farbstoffe verschiedene stoffliche Zusammensetzung vorliegt. Eisenröhren und Eisennägel aber werden verschiedene Warengattungen bilden, trotzdem der Grundstoff der gleiche ist. Auch wird man für den Vertrag nicht verschiedene Regeln anwenden können, je nachdem bei Kauf einer bestimmten Menge Garn dem Käufer nur die Bestimmung vorbehalten ist zwischen verschiedenen Garnstärken (also bezüglich der Zahl der zusammengedrehten Fäden) oder zwischen zwei Garnen, bei deren jedem die Faden aus einem anderen Rohstoff bestehen (also z. B. zwischen Flachsgarn und Hanfgarn). Ob man einen oder verschiedene Grundstoffe annehmen will, wird in vielen Fällen ein reiner Wortstreit sein und davon abhängen, ob man den Gattungsbegriff des betreffenden Grundstoffs etwas weiter oder etwas enger wählt. So namentlich bei allen nicht künstlich hergestellten, sondern der Natur entnommenen Stoffen (vgl. z. B. RG. **29** 18: bestellt seien nicht verschiedene Grundstoffe, „Hobelbretter verschiedener Güte", sondern ein Grundstoff, „Hobelwaren"). Bei genauerem Zusehen aber auch in vielen Fällen künstlicher Herstellung (vgl. z. B. RG. **30** 97: Bestimmungskauf, trotzdem zwischen Schweißeisenblech und Siemens-Martin-Flußeisenblech zu wählen).

Nur unter Bezugnahme auf die Verkehrsanschauung wird daher der Bestimmungskauf vom sonstigen Wahlkauf abgegrenzt werden können; er ist derjenige mit Wahlrecht des Käufers bezüglich der Leistung des Verkäufers ausgestattete Wahlkauf, bei dem dies Wahlrecht nur innerhalb enger, nach der Verkehrsanschauung den Inhalt der Leistung nur unerheblich verschiebender Grenzen ausgeübt werden kann, während alle nach der Verkehrsanschauung erheblichen Merkmale der Leistung bereits feststehen (ähnlich RG. **30** 102).

3. Kauf eines bestimmten Gegenstands mit dem Vorbehalt, statt dessen einen anderen zu wählen. Dies ist ein gewöhnlicher Kauf; der Verkäufer braucht nicht auf Ausübung eines Wahlrechts durch den Käufer zu warten, hat vielmehr den bestimmten Gegenstand zu liefern (RG. 29 18). Erst wenn der Käufer freiwillig von dem Vorbehalt Gebrauch macht, tritt eine Änderung ein.

b. **Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse.** Verschiedenheit der Form liegt z. B. vor bei Kauf von Eisen, wenn der Käufer sich die Bestimmung vorbehält, ob Winkel- oder Trägereisen zu liefern. Verschiedenheit des Maßes liegt z. B. vor, wenn die Maße der zu liefernden eisernen Röhren erst noch angegeben werden sollen. Verschiedenheit ähnlicher Verhältnisse kann z. B. vorliegen bei Verschiedenheit der Güte oder Verschiedenheit von Sorten (RG. 30 100, Lehmann Nr. 2), selbst wenn die einzelnen Güten oder Sorten nicht aus genau gleichem Stoff sind (oben Anm. IIIa 2), sofern nur im Verkehr diese Verschiedenheit als nicht stark ins Gewicht fallend angesehen wird. Ebenso bei Verschiedenheit der Verpackungsart (Bolze 4 Nr. 723), ferner (Lehmann Nr. 2) bei Verschiedenheit der Lieferungszeit oder (vgl. RG. 6 61) des Bestimmungsorts. Auf Vorbehalt einer Bestimmung der Menge ist nicht § 375, sondern BGB. §§ 315 ff. (oben Anm. IIIa 1) anwendbar (dagegen anscheinend D. 217), wenngleich selbstverständlich auch bei einem Bestimmungskauf (wenn also Bestimmung von Form, Maß oder ähnlichen Verhältnissen vorbehalten ist) außerdem auch Bestimmung der Menge innerhalb gewisser Grenzen vorbehalten sein kann. — Unerheblich ist, ob ein Einheitspreis oder ein je nach der vorzunehmenden Bestimmung verschiedener Preis vereinbart ist.

IV. **Bestimmungsverzug** (= Schuldnerverzug) des Käufers. Vgl. oben Anm. If 2.

a. **Voraussetzungen.** Bestimmungsverzug liegt vor nur, wenn die Voraussetzungen, unter denen nach BGB. §§ 281, 285 ein Verzug des Schuldners eintritt, gegeben sind (ebenso Lehmann Nr. 7). Die Bestimmungspflicht muß daher fällig (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I) und eine dem Vertrag entsprechende (Bolze 4 Nr. 723) Bestimmung trotzdem unterblieben (aaO. Anm. II) sein, es bedarf in der Regel der Mahnung (aaO. Anm. III), und der Käufer muß vertretungspflichtig sein bezüglich des Grunds des Nichtbestimmens (aaO. Anm. IV). Genügende Mahnung liegt jedoch in der Regel bereits in Vornahme der Selbstbestimmung oder in Fristsetzung gemäß BGB. § 326, HGB. § 375 Abs. 2 (vgl. aaO. Anm. XVIe 1). Über die Folgen einer vom Käufer erklärten Weigerung der Bestimmung vgl. aaO. Anm. Ic, unten Anm. IVb 1.

b. **Die einzelnen Rechte des Verkäufers.** Liegt Bestimmungsverzug vor, so stellt der § 375 dem Verkäufer drei Rechte zur Auswahl:

1. Selbstbestimmung mit Fristsetzung.
2. Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß BGB. § 326.
3. Rücktritt gemäß BGB. § 326.

Ob daneben noch als viertes das Recht besteht, auf Vollziehung der Bestimmung zu klagen, vgl. oben Anm. Ie.

Ein fünftes, von Staub Anm. 15 hierher gerechnetes Recht, das Recht, auf Zahlung des Mindestpreises zu klagen, besteht zwar unter Umständen gleichzeitig mit Vorliegen eines Bestimmnngsverzugs RG. 30 103, D. 217), gehört jedoch nicht hierher, da es nicht eine Folge des Bestimmungsverzugs, sondern des Zahlungsverzugs ist, nur daß allerdings diese Folge des Zahlungsverzugs nur dann in Frage kommen kann, wenn — sei es wegen Verzug in Bestimmung, sei es ohne solchen — Bestimmung noch nicht erfolgt ist.

1. Selbstbestimmungsrecht.

Dies Recht entspricht dem in BGB. § 326 vorausgesetzten Recht, auf Erfüllung zu bestehen. Ebenso, wie bei sonstigem Leistungsverzug, hat auch hier der Verkäufer neben dem Recht des Selbstbestimmens das Recht auf Schadensersatz wegen Verspätung der Bestimmung (die Käufer etwa noch während der Frist nachholt) und das Recht, mangels erfolgter Bestimmung die eigene Leistung zurückzuhalten (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. X). Abweichend von sonstigem Leistungsverzug des Käufers hat hier der Verkäufer bei Ausübung des Selbstbestimmungsrechts gleichzeitig eine angemessene Frist zu setzen

(über Inhalt, Form und Zeit vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI b, d, e), und erst nach fruchtlosem Ablauf der Frist wird die vom Verkäufer getroffene Bestimmung maßgebend, falls nicht vorher der Käufer die Bestimmung vornimmt. Nach dem Wortlaut des § 375 hat der Verkäufer die getroffene Bestimmung mitzuteilen; dies geschieht in genügender Weise durch die Mitteilung des Verkäufers, daß er nach fruchtlosem Ablauf der Frist in der im einzelnem näher angegebenen Weise liefern werde (OLG. Breslau 24 VI 01 OLGRspr. 3 183). Die Vornahme der Bestimmung, sei es durch den einen oder den anderen Teil, bewirkt, daß die so bestimmte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete gilt (BGB. § 263 Abs. 2, oben Anm. III a 2; im Ergebnis ebenso D. 218); dann liegt also gewöhnlicher Kauf vor. Kommt der Käufer demnächst seiner Abnahme- oder Zahlungspflicht nicht nach, so treten dann die gewöhnlichen Folgen des Abnahme- oder Zahlungsverzugs (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IX ff.) ein, und es kann auch aus diesem Grund dann noch zu einer Fristbestimmung und zum Fordern von Schadensersatz oder zum Rücktritt kommen. Ebenso kann es, wenn demnächst der Verkäufer das Bestimmte nicht liefert, zum Lieferungsverzug kommen (ROH. 17 225).

Die Fristbestimmung bei Ausübung des Selbstbestimmungsrechts ist nie entbehrlich, weder — da gleichzeitig mit dieser Fristsetzung eine neue Lage geschaffen — wenn der Käufer sich schon vorher geweigert hatte, seinerseits zu bestimmen, (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I c; ebenso Düringer-Hachenburg Anm. V 1 b; dagegen Lehmann Nr. 11, Goldmann Nr. 17), noch wenn der Verkäufer an der Erfüllung des Vertrags kein Interesse hat (Staub Anm. 8).

Die Bestimmung durch Verkäufer, einmal erfolgt, kann von ihm nicht einseitig geändert oder zurückgenommen werden (D. 218, OLG. Breslau 24 VI 01 OLGRspr. 3 183, Staub Anm. 19, Lehmann Nr. 17, Düringer-Hachenburg Anm. IV 2). Nur diejenige eigene Bestimmung des Verkäufers ist gültig, die dem Käufer im Zusammenhang (nicht notwendig streng gleichzeitig, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm XVI a) mit Setzung der Frist mitgeteilt ist. Hierin liegt eine Abweichung von BGB. § 264 Abs. 2, nach welchem beim gewönlichen Wahlvertrag zunächst nur der Gläubiger unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl aufzufordern ist, und auf den Schuldner erst mit Ablauf der Frist das Wahlrecht übergeht, so daß der Schuldner erst dann zu bestimmen hat. Die Bestimmung des Verkäufers muß eine genügend genaue sein, um zu wirken; der bloße Vorbehalt, nach Ablauf der Frist selbst bestimmen zu wollen, genügt nicht (Lehmann Nr. 10).

Ist die Frist abgelaufen, so ist eine nachträgliche Ausübung des Bestimmungsvorbehalts seitens des Käufers unwirksam, es sei denn, daß unter den Parteien ein Vertrag darüber, daß die nachträgliche Bestimmung des Käufers wirksam sein solle, zustande kommt (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVII a 2; dagegen nach früherem Recht RG. 37 30). Man wird anzunehmen haben, daß mit dem durch Fristablauf eintretenden Maßgebendwerden der Bestimmung des Verkäufers nunmehr der Annahmeverzug des Käufers für die Zukunft geheilt ist. Will der Verkäufer ihn von neuem in Annahmeverzug setzen, so muß er ihm nunmehr die bestimmte Ware anbieten (ähnlich Lehmann Nr. 15).

2. Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Über die gemäß BGB. § 326 bestehenden Voraussetzungen für die Ausübung dieses Rechts vgl. unten Anm. IV c. Nach dem Wortlaut des Gesetzes könnte es scheinen, als ob der zu leistende Schadensersatz derjenige wegen Nichterfüllung der Bestimmungspflicht sei. Gemeint ist jedoch nicht dieser Schadensersatz, sondern der Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Vertragsleistung des Käufers und der hierdurch veranlaßten beiderseitigen (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XI b) Nichterfüllung des Vertrags (vgl. RG. 35 4). Der erstere Schadensersatz würde nicht bestehen in derjenigen Höhe, in welcher der Verkäufer durch Ausübung des Selbstbestimmungsrechts den Schaden hätte vermeiden können, denn insoweit würde die Nichtausübung der Bestimmung seitens des Käufers nicht ursächlich für den eingetretenen Schaden sein. Bei dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags ist dagegen davon auszugehen, daß der Verkäufer, wenn der Käufer nicht bestimmt, garnicht verpflichtet sein soll, sich mit einem so

unzuverlässigen Vertragsgegner noch weiter einzulassen; er kann sofort das Geschäft anderweit abwickeln und seinen Schaden entweder nach der Marktlage oder nach dem Ergebnis der in diesem Einzelfall erfolgten Abwicklung berechnen. Über die Einzelheiten der Berechnung vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XI. Ein etwaiger Deckungsverkauf ist nicht an feste Formen gebunden (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XI e 3 γ); für die Schadensberechnung wird er um so maßgebender sein, je mehr die Verkaufsbedingungen sich denen nähern, die bei Vornahme eines Selbsthilfeverkaufs infolge eines im Nichtbestimmen etwa liegenden Annahmeverzugs gestellt werden müßten (hierüber unten Anm. V d).

3. Rücktritt. Über die gemäß BGB. § 326 bestehenden Voraussetzungen für die Ausübung dieses Rechts vgl. unten Anm. IV c. Über den Inhalt des Rücktrittsrechts vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XII c. Ob bei Stundung des Kaufpreises und teilweiser Erfüllung durch den Verkäufer das Rücktrittsrecht ausgeschlossen ist vgl. aaO. Anm. XII b 1.

c. **„Gemäß BGB. § 326"** nur (vgl. auch Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IX c, d) können die Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt ausgeübt werden. Demgemäß kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Bestimmungspflicht nur dann gefordert und Rücktritt nur dann erklärt werden, wenn frühestens gleichzeitig mit Inverzugsetzung des Käufers (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI e 1) diesem zur Bewirkung der Bestimmung eine angemessene Frist mit der Erklärung gesetzt ist, daß der Verkäufer nach Ablauf der Frist die Annahme der Bestimmung ablehne. Hat der Käufer die Bestimmung binnen jener Frist nicht bewirkt, so ist nunmehr der Anspruch auf Bestimmung, und überhaupt der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen. Nur dann bedarf es nicht erst einer Fristbestimmung, sondern kann sofort ohne Fristsetzung die Annahme der Bestimmung abgelehnt werden, falls die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs im Bestimmen für den Verkäufer kein Interesse hat (BGB. § 326 Abs. 2). Letzterer Voraussetzung ist nicht durch den Umstand allein genügt, daß der Verkäufer die Rohware beschafft und die Maschinen freigehalten hat (RG. 5 VI 05 JW. 492[15]). Näheres in Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI, XVII. — Steht ein Ratenleistungsgeschäft in Frage, so kann nach der Rechtsprechung (dagegen Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XV c 3) auch, wenn erst eine Rate fällig ist und der Käufer noch bezüglich keiner Rate bestimmt hat, der Verkäufer die Wahl auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt bezüglich sämtlicher Raten ausüben (RG. 58 420).

d. **Teilweise Bestimmung** vor Fristsetzung oder vor Fristablauf. Bei Verzug des Käufers mit dem übrigen Teil der Bestimmung gilt entsprechendes wie bei Teilverzug mit der Hauptleistung Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XIII—XV; abweichend Lehmann Nr. 20), nur daß hier an die Stelle des Rechts auf Restbestimmung (oben Anm. I e) das Recht des Selbstbestimmens bezüglich des Restes unter Fristsetzung (vgl. oben Anm. IV b 1) tritt.

V. **Annahmeverzug** (= Gläubigerverzug) des Käufers. Vgl. oben Anm. I f 1.

a. **Voraussetzungen.** Annahmeverzug liegt vor nur, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen nach BGB. §§ 293 ff. Gläubigerverzug eintritt. Hiernach tritt Annahmeverzug nur dann ein, wenn entweder die Zeit der vom Käufer vorzunehmenden Bestimmung nach dem Kalender bestimmt ist oder der Verkäufer wörtlich seine Leistung angeboten oder den Käufer zur Vornahme der Bestimmung aufgefordert hat (§ 373 Anm. VI b), in beiden Fällen außer, wenn der Verkäufer zu jener Zeit außer stand war, im Fall erfolgender Bestimmung die Leistung zu bewirken (§ 373 Anm. VI c). Ein tätliches Angebot ist nicht erforderlich (BGB. § 295, ROH. 15 148, RG. 10 98, 14 245, 30 103, 43 104). Ein Nichtannehmen § 373 Anm. VI a) braucht nur dann festgestellt zu werden, wenn ein wörtliches Angebot vorlag; hat nur eine Aufforderung an den Käufer stattgefunden, oder ist nicht einmal eine solche erfolgt, weil die Zeit für die Vornahme der Bestimmung nach dem Kalender bestimmt war, so kann eine Annahme nicht in Frage kommen.

b. **Die einzelnen Rechte des Verkäufers.** Liegt Annahmeverzug vor, so treten die gewöhnlichen Wirkungen des Annahmeverzugs (§ 373 Anm. IX c) ein. Außerdem erhält der Verkäufer die ihm in § 373 zur Auswahl gestellten Rechte der Niederlegung der Ware und des Selbsthilfeverkaufs, sowie die im § 374 vorbehaltenen ähnlichen Rechte aus BGB. §§ 372 ff. 383 ff.

(§ 374 Anm. II, III), endlich den durch BGB. § 304 gewährten Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen (§ 374 Anm. IV).

c. **Das Niederlegungsrecht aus HGB. § 373 insbesondere.** Nicht in allen Fällen des Bestimmungskaufs wird eine Niederlegung möglich sein; sie müßte sich denn erstrecken auf Waren aller zur Bestimmung vorbehaltenen Arten und so großer Mengen von jeder dieser Arten, daß Käufer noch aus dem Niedergelegten frei gemäß seinem Bestimmungsrecht wählen kann. Eine Niederlegung wird aber z. B. möglich sein, wenn ein Rohstoff von bestimmter Menge gekauft und nur die Formgebung vorbehalten ist; in solchem Fall genügt die Niederlegung der erforderlichen Menge des Rohstoffs in Verbindung mit dem wörtlichen Angebot des Verkäufers, nach Heilung des Bestimmungsverzugs des Käufers die erforderliche Formgebung vornehmen zu wollen (dagegen nach früherem Recht ROH. 22 8, RG. 35 3).

d. **Der Selbsthilfeverkauf des HGB. § 373 insbesondere.** Kommt es zum Selbsthilfeverkauf, so ist dessen Ergebnis gegen den Käufer nur dann wirksam, wenn die Formen des § 373 beobachtet sind (Bolze 18 Nr. 465). Die Verkaufsbedingungen des Selbsthilfeverkaufs sind so zu fassen, daß die Ware, wenn auch nicht genau (§ 373 Anm. XVa 2), so doch annähernd gerade so zum Verkauf ausgeboten wird, wie sie ursprünglich verkauft war, namentlich also mit dem die Ware und den Preis betreffenden Wahlrecht des Käufers (ROH. 15 148, RG. 10 99, 37 28, 43 103, D. 217, 219), während z. B. die Bestimmungsfrist kürzer und die Zahlweise etwas abweichend bedungen sein darf (ROH. 15 150). Ein derartiger Selbsthilfeverkauf ist auch dann zulässig, wenn die Ware noch nicht fertiggestellt ist, sondern erst auf Grund der Bestimmung fertiggestellt werden sollte (ROH. 22 7, RG. 43 103, vgl. RG. 30 100), solange nach der Verkehrsanschauung dieser Umstand nicht das Imstandesein zur rechtzeitigen Lieferung aufhebt (§ 373 Anm XVa 1; vgl. RG. 35 3, wo die Grenzen zu eng gezogen).

VI. **Zahlungsverzug** des Käufers.

a. **Voraussetzungen.** Zahlungsverzug kann ohne Bestimmungsverzug, Bestimmungsverzug ohne Zahlungsverzug vorkommen. Im letzteren Fall hat nicht etwa Verkäufer das Recht, statt gemäß § 375 unmittelbar gemäß BGB. § 326 vorzugehen (anscheinend dagegen Lehmann Nr. 20; über die Frage, ob auf Bestimmung geklagt werden kann, vgl. oben Anm. Ie). Ob der Zahlungsverzug gleichzeitig mit dem Bestimmungsverzug, oder ob er früher oder später beginnt, hängt davon ab, wann nach dem Vertrag Zahlung erfolgen soll (abweichend RG. 29 18).

b. **Wirkungen.** Über die Folgen des Zahlungsverzugs enthält § 375 keine Vorschrift; vielmehr kommen lediglich die allgemeinen Vorschriften des BGB. § 326 (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IX—XII) zur Anwendung (D. 219). Die einzige Besonderheit besteht darin, daß, falls nicht ein einheitlicher Preis von Anfang an festgesetzt ist, vielmehr die Höhe des zu zahlenden Preises je nach dem Ergebnis der Bestimmung wechseln soll, der Anspruch des Verkäufers auf Erfüllung durch Zahlung des Kaufpreises nur in Höhe des jedenfalls zu zahlenden Mindestpreises geltend gemacht werden kann (oben Anm. IVb). Der Verkäufer bleibt, wenn er den Mindestpreis beigetrieben hat, seinerseits zur Herstellung der Ware gemäß Bestimmung des Käufers verpflichtet, solange er nicht vom Recht des Selbstbestimmens gemäß § 375 Gebrauch macht (D. 217). — Soll für die Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung auf einen Deckungsverkauf Bezug genommen werden, so muß der Deckungsverkauf, um einen genügenden Rückschluß zu gestatten, in möglichst ähnlicher Weise wie der ursprüngliche Verkauf, also gleichfalls als Bestimmungsverkauf vorgenommen werden (vgl. oben Anm. Vd); nur in geringem Umfang für die Schadensberechnung verwertbar wäre ein gewöhnlicher Verkauf der billigsten Warenart (den Staub Anm. 23 zuläßt), denn es ist nicht gesagt, daß gerade bei dieser der Preisunterschied, auf den allein es ankommt, der geringste wäre, und überdies wird in der Regel ein Angebot, inhalts dessen dem Deckungskäufer eine Wahl gelassen ist, mehr Kauflustige finden und daher einen höheren Preis erzielen, als ein von Anfang an engbegrenztes Angebot.

VII. **Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers.** Wird eine erhebliche Zahl der dem Käufer für seine Bestimmung zur Wahl gestellten Leistungen unmöglich infolge eines vom Verkäufer

zu vertretenden Umstands, so darf der Käufer unmittelbar die aus BGB. § 325 sich ergebenden Rechte ausüben, ohne vorher bestimmen zu müssen (RG. 9 II 04 JW. 170[11]; vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I e).

§ 376.

Säumnis bei Fixgeschäft.

Ist bedungen, daß die Leistung des einen Theiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so kann der andere Theil, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt, von dem Vertrage zurücktreten oder, falls der Schuldner im Verzug ist, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Erfüllung kann er nur beanspruchen, wenn er sofort nach dem Ablaufe der Zeit oder der Frist dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe.

Wird Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt und hat die Waare einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Unterschied des Kaufpreises und des Börsen- oder Marktpreises zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung gefordert werden.

Das Ergebniß eines anderweit vorgenommenen Verkaufs oder Kaufes kann, falls die Waare einen Börsen- oder Marktpreis hat, dem Ersatzanspruche nur zu Grunde gelegt werden, wenn der Verkauf oder Kauf sofort nach dem Ablaufe der bedungenen Leistungszeit oder Leistungsfrist bewirkt ist. Der Verkauf oder Kauf muß, wenn er nicht in öffentlicher Versteigerung geschieht, durch einen zu solchen Verkäufen oder Käufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise erfolgen.

Auf den Verkauf mittelst öffentlicher Versteigerung findet die Vorschrift des § 373 Abs. 4 Anwendung. Von dem Verkauf oder Kaufe hat der Gläubiger den Schuldner unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

ADH. Art. 357. **Entw. I** § 347. **Entw. II** § 368.

I. Verhältnis des HGB. § 376 zum BGB.

a. Verhältnis zu BGB. § 361. Der § 361 BGB. lautet:

„Ist in einem gegenseitigen Vertrage vereinbart, daß die Leistung des einen Teiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der andere Teil zum Rücktritte berechtigt sein soll, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt."

Der § 361 BGB. gibt nur eine Regel für die Auslegung der von ihm erwähnten Vereinbarung; die so ausgelegte Vereinbarung ist als gültig vorausgesetzt (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVIII) und enthält eine Abweichung von den allgemeinen Vorschriften des BGB. § 326 (aaO. Anm. V ff.) nur in dem einen Punkt, daß sie den dort zur Wahl gestellten Rechten (unter Beibehaltung derselben) noch das fernere Recht hinzufügt, nach Eintritt der Leistungszeit ohne Fristsetzung und selbst vor Verzugsbeginn den Rücktritt vom Vertrag zu wählen. Der nur für den Sonderfall eines Handelskaufs (§ 373 Anm. I, III) geltende § 376 HGB. gibt eine vertragergänzende Vorschrift, in welcher er die in § 361 BGB. enthaltene Auslegung der dort erwähnten Vereinbarung als stets zutreffend voraussetzt, falls nicht das Gegenteil erhellt; an jene Vereinbarung knüpft er die gleiche Folge, welche der § 361 BGB. an sie knüpft, außerdem aber noch andere Folgen, durch welche die allgemeinen Bestimmungen des BGB. § 326 inhaltlich in mehrfacher Beziehung geändert und der Form nach vollständig ersetzt (unten zu c) werden.

b. **Verhältnis zu BGB. §§ 323—325.** Nimmt man an (so Planck[3] § 326 Anm. 5; vgl. Vorbem. zu HGB. §§ 375, 376 Anm. IV c 3 β), daß neben § 361 BGB. noch die Vorschriften des BGB. über Unmöglichkeit der Leistung dann zur Anwendung kommen, wenn diese Unmöglichkeit darauf beruht, daß nicht rechtzeitig geleistet ist, trotzdem diese Rechtzeitigkeit wesentlich war für die Übereinstimmung des zu Leistenden mit dem Bedungenen, so wird doch jedenfalls die Anwendbarkeit jener Vorschriften neben HGB. § 376 zu verneinen sein, da letzterer den von ihm behandelten Fall erschöpfend ordnet. Bei Unmöglichkeit aus anderem Grund sind jedoch die §§ 323—325 BGB. für insoweit neben HGB. § 376 anwendbar zu erachten, als sie einen nach HGB. § 376 begründeten Anspruch auf Erfüllung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung beseitigen oder beschränken (abw. Düringer-Hachenburg Anm. III 1 d, e).

c. **Verhältnis zu BGB. §§ 326, 327.** Soweit HGB. § 376 in Frage kommt, ist BGB. § 326 für unanwendbar zu erachten (dagegen Staub Anm. 11, 32, Düringer-Hachenburg Anm. III e). Kein einziger Satz des BGB. § 326 kann neben HGB. § 376 bestehen; letzterer ordnet vielmehr den von ihm vorausgesetzten Sonderfall ganz selbständig, wenngleich unter teilweiser inhaltlicher Übereinstimmung mit BGB. § 326. Insbesondere ist auch die Vorschrift des BGB. § 326 Abs. 1 Satz 3 nicht unmittelbar, sondern nur entsprechend anwendbar (unten Anm. VII); ebenso die Vorschrift des BGB. 327 (unten Anm. IV a). Ist nur die Leistung der einen Vertragspartei oder nur ein Teil der Leistung fix bestimmt, so ist bezüglich der Leistung der anderen Vertragspartei bezw. des nicht fix bestimmten Teils der Leistung BGB. § 326 maßgebend (unten Anm. II b, II a 4). Über die Frage, ob BGB. § 326 zur Anwendung kommt, wenn das Recht auf Erfüllung durch Anzeige erhalten ist, vgl. unten Anm. III b 4).

d. **Verhältnis zu BGB. §§ 440, 441, 454.** Die in diesen Paragraphen enthaltenen Vorschriften über Nichterfüllung der Verpflichtungen bei Kauf sind an sich auch im Fall des HGB. § 376 nicht unanwendbar. Die Rückverweisung in BGB. § 440 Abs. 1, die dort nichts Neues bestimmt, sondern nur etwas ohnedies Selbstverständliches wiederholt, ist aber auf den Fall des HGB. § 376 gleichfalls nur insoweit anwendbar, als sie ohnedies selbstverständlich ist, also nur mit den oben zu b und c hervorgehobenen Maßgaben. Der § 454 BGB. ferner ist gegenstandslos, weil er nur das in BGB. § 325 Abs. 2, § 326 bestimmte Rücktrittsrecht behandelt, ein Rücktritt gemäß jenen §§ aber im Fall des § 376 nicht vorkommen kann (oben zu c). Ob § 454 BGB. entsprechend auf das in HGB. § 376 gewährte Rücktrittsrecht anwendbar ist, vgl. unten Anm. IV a.

II. **Begriff des Fixhandelskaufs.**

a. **Genau zu festbestimmter Zeit oder innerhalb festbestimmter Frist bedungene Leistung.** Die Zeit bezw. Frist muß festbestimmt sein, und es muß außerdem bedungen sein, daß genau zu dieser Zeit bezw. innerhalb dieser Frist geleistet werden soll.

1. Zeit bezw. Frist. Fixgeschäft kann nur ein Geschäft sein, bei dem die Leistung nach bestimmter Zeit oder innerhalb bestimmter Frist erfolgen soll; kein Fixgeschäft liegt daher in der Abrede, daß sofort zu leisten ist (ROH. 20 236, RG. 11 105 Holdheims MSchr. 167),

mithin auch nicht in der Abrede, daß „sofort nach Kündigung" zu leisten (dagegen ROH. 7 145). Zu beachten ist indessen, daß auch dasjenige Geschäft ein Zeitgeschäft ist und mithin ein Fixgeschäft sein kann, bei dem die Zeit oder Frist nicht nach Tagen, sondern nur nach Stunden oder noch kürzeren Zeitabschnitten bemessen ist.

2. Festbestimmte Zeit bezw. Frist. Eine feste Bestimmung kann (ebenso Lehmann Nr. 83) nicht nur unter Bezugnahme auf den Kalender erfolgen (z. B. am Monatsletzten), sondern auch unter Bezugnahme auf eine abzugebende Erklärung (z. B. 14 Tage nach Kündigung; vgl. ROH. 7 145) oder (vgl. jedoch die unten Anm. V a erörterte, bei dieser Annahme sich ergebende Schwierigkeit) ein erwartetes Ereignis (z. B. abzuliefern in Southampton am Tag nach Abgang des Dampfers A von Hamburg). Keine feste Bestimmung liegt aber vor, wenn die Erfüllungszeit nur in der Weise festgesetzt ist, daß ein gewisser Spielraum bleibt (Dernburg[3] 2 § 56 II 1). So z. B. bei den Klauseln „binnen kürzester Frist" (ROH. 3 288), „spätestens Mitte November" (ROH. 3 276), „bei offener Schiffahrt" (ROH. 11 433), „innerhalb der Saison", „im Herbst" (Staub Anm. 6), „nach jedesmaliger Aufgabe der Maße" (ROH. 13 303). Unerheblich dagegen ist, ob die feste Bestimmung unbedingt oder bedingt getroffen ist, wenn nur die Bedingung vor Eintritt der bestimmten Leistungszeit eingetroffen ist.

3. Genau zu festbestimmter Zeit bezw. innerhalb festbestimmter Frist muß inhalts der Abrede die Leistung zu bewirken sein.

   α. In diesem Merkmal liegt, daß gemäß der Abrede die Leistungszeit derart wesentlich sein muß, daß eine Leistung zu späterer Zeit nicht mehr die vertragsmäßige ist (ROH. 2 94, 3 277, 6 398, 8 14, 11 237, 13 169, RG. 1 241, 36 84, 51 348). Ob eine solche Abrede im Einzelfall getroffen, ist Tatfrage (dagegen ROH. 6 227) und daher eine solche Feststellung nicht mit Revision angreifbar (RG. 22 IV 02 JW. Beil. 234[108]). Insbesondere ist im Einzelfall zu prüfen, ob in der Tat die oben erwähnte Abrede oder nur die weniger weitgehende der Unnötigkeit einer Nachfristsetzung (unten zu γ) getroffen werden sollte. Bei dieser Prüfung ist der Richter nicht daran gebunden, wie die Parteien im Rechtsstreit die getroffene Abrede auslegen (ROH. 6 227). Unerheblich ist, ob die Abrede eine ausdrückliche oder stillschweigende war (Dernburg[3] 2 § 56 II 2a, Staub Anm. 5); in jedem Fall ist sie — da sie die Ausnahme bildet — von demjenigen darzutun, der sich darauf beruft (RG. 36 85, OLG. Hamburg 5 XII 89 ZHR. 40 520). Eine solche Abrede wird in der Regel liegen z. B. im Gebrauch der Worte „genau", „präzis", „fix" oder in Beifügung der Aufhebungsklausel (ROH. 6 20, 9 409).

   β. Nicht jede festbestimmte Leistungszeit ist bloß, weil sie festbestimmt ist, darum schon als genaue bedungen (ROH. 2 93, 13 303). So namentlich nicht in den regelmäßigen Fällen der Lieferungsgeschäfte (ROH. 6 227), und selbst dann nicht immer, wenn die Bestimmung eine kalendermäßige ist (RG. 25 X 93 JW. 546[34]), z. B. wenn zu liefern „in nächster Woche" (ROH. 9 83), „im März" (ROH. 7 370), „med. August und ult. Oktober" (ROH. 6 227), „spätestens bis Ende Oktober" (ROH. 6 261, 7 386), „mindestens Ende Februar", „ult. Februar" (OLG. Hamburg 19 VI 88 ZHR. 38 221, 15 I 90 ZHR. 40 521), „bis ult. September" (ROH. 6 21), „in der zweiten Hälfte Juli" (ROH. 8 14), „bis 26. Oktober 1897" (KG. 14 VII 98 KGBl. 68), „am 8. oder 9." (OLGPosen 14 I 04 OLGRspr. 8 440) „von Woche zu Woche" (ROH. 3 273), „je 2000 Zentner per Oktober, November, Dezember" (ROH. 7 260, RG. 36 84, 51 347). Daß aber in vorerwähnten Fällen eine feste Bestimmung vorliegt, darf nicht geleugnet werden; so namentlich auch nicht, wenn, wie z. B. bei der Bedingung „binnen 5, höchstens 6 Wochen" (ROH. 5 437), zwei Leistungszeiten genannt sind, von denen nur die zweite wirklich maßgebend sein, die erste aber mehr einen Wunsch möglichst früherer Leistung ausdrücken soll. Kommt im Einzelfall hinzu, daß ausdrücklich erklärt ist, Käufer habe nach Ablauf der zweiten Frist keine Verwendung mehr für die Ware, so ist ein solches Geschäft als Fixgeschäft zu erachten (dagegen ROH. 5 437, RG. 4 XI 96 JW. 703[44], Staub Anm. 6), und es ist daher die vertragergänzende Vor=

schrift des § 376 anzuwenden, es sei denn, daß der Beweis erbracht wird, daß die Parteien, trotzdem die Frist fest und als genaue bestimmt war, dennoch nicht die Wirkungen des § 376 eintreten lassen, sondern nur die Unnötigkeit einer Nachfrist (BGB. § 326 Abs. 2, Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVIII) bestimmen wollten. Ob bei Kauf unter der Klausel „spätestens am ...“ oder ähnlichen, wenn kein Fixgeschäft vorliegt, doch jedenfalls keine Nachfrist gesetzt zu werden braucht, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI b 2.

γ. Die ausdrückliche Ausschließung der Notwendigkeit, eine Nachfrist zu setzen, macht das Geschäft nicht zum Fixgeschäft (ROH. 11 425, RG. 25 X 93 JW. 546[34], RG. 4 XI 96 JW. 703[44]), denn in jenem Fall bleibt das Rücktrittsrecht bedingt durch Vorliegen von Verzug (BGB. § 326 Abs. 2 verglichen mit BGB. § 361, unten Anm. IV a). Eher wird sogar in der Regel das Ausschließen einer Nachfrist umgekehrt dahin deuten, daß die Parteien die Folgen des BGB. § 326 Abs. 2 und nicht diejenigen des HGB. § 376 eintreten lassen wollten. — Auch der Umstand, daß der Inhalt des Vertrags die Gewährung einer Nachfrist nicht zuläßt, daß mithin die Nachfrist als nach dem Willen der Parteien stillschweigend ausgeschlossen anzusehen ist, macht das Geschäft nicht zum Fixgeschäft (ROH. 11 238, Bolze 10 Nr. 466, 17 Nr. 471).

δ. Die Festsetzung einer Nachfrist im ursprünglichen Vertrag ist umgekehrt nicht unbedingt entscheidend dafür, daß das Geschäft kein Fixgeschäft ist (RG. 44 115, Staub Anm. 19). So, wenn der Ablauf der Nachfrist die eigentlich entscheidende Leistungszeit sein und die Hinzufügung eines früheren Zeitpunkts nur den Wunsch ausdrücken soll, daß möglichst schon zu jenem früheren Zeitpunkt geliefert werde (oben zu β); in solchem Fall ist das Geschäft ein Fixgeschäft, wenn der Zeitpunkt des Ablaufs der Nachfrist festbestimmt und als ein genau einzuhaltender bedungen ist. Das Vorliegen eines Fixgeschäfts wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß die festbestimmte und als genaue bedungene Nachfrist im ursprünglichen Vertrag nicht bereits als unbedingt eintretende festgesetzt ist, sondern nur als bedingte (oben zu a 2); so z. B. wenn vereinbart ist, daß der Nichtsäumige, wenn er Erfüllung beanspruchen wolle, dies sofort telegraphisch dem Säumigen anzeigen und diesem, wenn er es sofort telegraphisch verlangt, eine Nachfrist von zwei Börsentagen bewilligen müsse (vgl. 44 115). Ist dagegen vereinbart, daß der Anspruch auf Erfüllung auch ohne Anzeige zeitlich unbeschränkt bestehen bleiben solle, daß aber der Nichtsäumige, wenn er statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen wolle, dies sofort dem Säumigen anzeigen und diesem, wenn er es sofort verlange, eine Nachfrist von zwei Börsentagen bewilligen müsse, so liegt hierin kein Fixgeschäft (Rießer Die handelsrichtlichen Lieferungsgeschäfte S. 26, Staub Anm. 19; dagegen RG. 44 115), wenn nur in der Tat jene Abrede über die Möglichkeit eines Bestehens auf Erfüllung ohne Zeitbeschränkung ernst gemeint war (vgl. RG. aaO.). — Über den Unterschied zwischen Reportgeschäft und Hinausschiebung des Stichtags vgl. RG. 36 69.

ε. Ob ein erhebliches Interesse an rechtzeitigem Empfang der Leistung besteht, ist an sich nicht entscheidend dafür, daß ein Fixgeschäft vorliegt (ROH. 11 237), so z. B. bei Waren, welche erheblichen Preisschwankungen ausgesetzt sind (ROH. 7 261 8 15, 9 409, 16 292, RG. 36 85, RG. 25 X 93 JW. 546[34]), bei Modewaren (ROH. 7 261), bei Koks zur Speisung eines Hochofens (ROH. 13 435), bei Waren, die nur in bestimmter Jahreszeit verkäuflich sind (Bolze 10 Nr. 466); vielmehr kommt es nur darauf an, ob durch die Art der Abrede dies Interesse in der erforderlichen Weise (oben zu α) zum Ausdruck gekommen ist. Daß ein solches Zum-Ausdruck-Kommen vorliege, ist angenommen worden für den Fall, daß das Geschäft im Börsenhandel und erkennbar mit Rücksicht auf den durch die Preisschwankungen zu erzielenden Gewinn abgeschlossen ist (ROH. 8 236, 16 292, Staub Anm. 6). Ist andererseits zum Ausdruck gebracht, daß der Kauf ein fixer sein soll, so kommt es nicht mehr darauf an, ob tatsächlich ein erhebliches Interesse an rechtzeitigem Empfang der Leistung vorlag (ROH. 5 261).

4. Leistung. Auch wenn ausnahmsweise des Käufers Leistung fix bestimmt ist, kommt § 376 zur Anwendung (unten Anm. II b). — Ist nur bezüglich eines Teils der Gesamtleistung einer Vertragspartei die Leistungszeit festbestimmt und als eine genaue bedungen, so sind auf diesen Teil, und nur auf ihn die Bestimmungen des § 376 anzuwenden. Bezüglich des übrigen Teils findet BGB. § 326 Anwendung, woraus folgt (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XIII), daß nur unter Umständen wegen Nichterfüllung der fixen Teilleistung eine sofortige Ablehnung der Restleistung zulässig ist. Eine fixe Teilleistung liegt nicht nur dann vor, wenn es sich um Mengeteile handelt, sondern auch dann, wenn bezüglich des ganzen zu leistenden Gegenstands mehrere Einzelleistungen zu bewirken sind und nur eine von diesen, oder auch wenn nur eine Nebenverpflichtung als fixe bestimmt ist (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XIV; dagegen Staub Anm. 37). So z. B., wenn der Zeitpunkt der Absendung oder der Abladung als fixer bestimmt ist (ROH. 24 195, RG. 22 IV 02 JW. Beil. 234 [108], HoldheimsMSchr. 211; dagegen OLG. Hamburg 10 X 87 ZHR. 38 221; einschränkend auch ROH. 6 228, RG. 26 85). Entsprechende Anwendung wurde zugelassen bei Zusicherung eines in der Vergangenheit liegenden festen Zeitpunkts der Abfahrt des mit der verkauften Ware beladenen Schiffs (RG. 30 60).

b. **Des einen Teils** Leistung. Nach § 376 liegt ein Fixhandelskauf schon dann vor, wenn auch nur die Leistung der einen Vertragspartei als fixe bestimmt ist. Ob auch die Leistung der anderen Vertragspartei als fixe bestimmt ist, ist unerheblich. Der § 376 behandelt sowohl den Fall, daß die Leistung des Verkäufers, wie auch den, daß die Leistung des Käufers (D. 223), endlich auch den, daß die Leistung beider Teile als genau zu festbestimmter Zeit zu bewirkende bedungen ist. Daß die Leistung des Käufers (Zahlung und Abnahme) fix bestimmt ist, wird jedoch nur selten vorkommen. — Die Folgen des § 376 treten nur bezüglich der als fix bestimmten Leistung ein (vgl. oben Anm. II a 4); ist die Gegenleistung nicht fix zu leisten, so sind bezüglich letzterer die allgemeinen Bestimmungen des BGB. § 326 (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. V ff.) maßgebend.

III. **Die Rechte des Nichtsäumigen.**

a. **Der Nichtsäumige hat** in der Regel **die Wahl zwischen folgenden Rechten:**
 1. Rücktritt vom Vertrag (§ 376 Abs. 1 Satz 1); unten Anm. IV,
 2. Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 376 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2—4); unten Anm. V,
 3. Erfüllung (§ 376 Abs. 1 Satz 2) nebst Schadenersatz wegen Verspätung BGB. § 286 Abs. 1) und einstweiliger Rückhaltung der eigenen Gegenleistung (BGB. §§ 320, 440, oben Anm. I d); unten Anm. VI.

 Die Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Verspätung sind nur im Fall eines Verzugs (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I—IV), die übrigen Rechte bei jeder Säumnis gegeben.

b. **Bestehen auf Erfüllung.** Vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVII a.
 1. Anzeige erforderlich zur Erhaltung des Rechts auf Erfüllung. Während nach BGB. § 326 der Nichtsäumige das Recht auf Beanspruchung der Leistung des Säumigen behält, falls er nicht die Annahme dieser Leistung ablehnt, verliert umgekehrt nach HGB. § 376 der Nichtsäumige das Recht auf Beanspruchung der Leistung des Säumigen, falls er nicht dem Säumigen anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe. Dies ist die wichtigste der in HGB. § 376 enthaltenen Abweichungen von den allgemeinen Regeln des BGB. § 326. Das Recht, die Leistungsannahme abzulehnen (und die engere Wahl auszuüben; unten zu c), ist das ohne weiteres durch fruchtlosen Zeitablauf entstehende; das Recht auf Erfüllung muß durch besondere Erklärung erhalten werden. Wer auf Erfüllung bestehen will, muß dies sofort anzeigen; er darf nicht etwa erst eine Aufforderung des Säumigen zur Erklärung abwarten (D. 222). In einer dennoch erfolgenden derartigen Aufforderung des Säumigen kann unter Umständen ein Angebot nachträglicher Erfüllung liegen (vgl. unten c und e).
 2. Form der Anzeige. Die Anzeige ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI d).
 3. Zeit der Anzeige. Abweichend von der Leistungsablehnung des BGB. § 326 muß die

Leistungsbeanspruchung des HGB. § 376 „sofort nach dem Ablaufe der Zeit oder der Frist“ erklärt werden, um wirksam zu sein. „Sofort“ im Gegensatz zu „unverzüglich“ verweist lediglich auf den Zeitmaßstab; auch bei unverschuldeter Verzögerung der Erklärung ist letztere nicht mehr wirksam (Staub Anm. 22, Düringer-Hachenburg Anm III 2b, Goldmann Nr. 10). — Der § 376 Abs. 1 Satz verlangt, daß die Anzeige „nach dem Ablaufe der Zeit oder der Frist“ erfolgt. Nimmt man aber an (Vorbem. zu §§ 375. 376 Anm. XVIe, XVIIb), daß im Fall des BGB. § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2 vor den dort bezeichneten Zeitpunkten abgegebene bedingte Erklärungen zulässig sind und bei eintretender Bedingung wirksam werden, so wird auch hier derselben Ansicht zu folgen sein (ROH. 13 136, 16 293, OLG. Hamburg 10 X 87 HGR. 38 221; dagegen Staub Anm. 23, 24). Nur insofern liegt der Fall des HGB. § 376 etwas anders, als hier unter Umständen zweifelhaft sein kann, ob mit einer Erklärung, die vor dem Stichtag oder am Stichtag noch während der Geschäftsstunden dem Leistungspflichtigen zugeht, und in welcher die Erfüllung verlangt wird, der Leistungspflichtige nur an die aus dem Vertrag hervorgehende Leistungspflicht erinnert werden, oder ob hiermit gleichzeitig — bedingt durch Ausbleiben rechtzeitiger Erfüllung — das Wahlrecht ausgeübt werden soll. Dies ist indessen nur Auslegungsfrage; im Zweifel allerdings wird ersteres als allein gewollt anzusehen sein (vgl. ROH. 5 173). Für die Wahlerklärung des HGB. § 376 ist auch nicht etwa — wie für diejenige des BGB. § 326 — die Fälligkeit der früheste mögliche Zeitpunkt, da HGB. § 376 nicht an den Verzug anknüpft, mithin hier nicht der früheste für die Mahnung zulässige Zeitpunkt eingehalten zu werden braucht. — Die Bestimmung des BörsG. § 53 (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I d 2) ist wohl dahin zu verstehen, daß bei Lieferung unverträglicher Ware beim Börsenterminhandel in Waren (nicht auch in Wertpapieren) der Zeitpunkt, zu welchem die Unverträglichkeit sich ergibt, wenn er vor der Fälligkeit liegt, auch für die Anwendung des HGB. § 376 an die Stelle des Zeitpunkts der Fälligkeit tritt.

4. Wirkung der Anzeige.

Der § 376 enthält keinen Hinweis darauf, welchen Einfluß das Bestehen auf Erfüllung auf die Möglichkeit der Ausübung der beiden anderen Rechte hat. Dies ist daher sehr zweifelhaft. Drei Ansichten sind möglich.

α. Entweder nimmt man an, das Bestehen auf Erfüllung habe nur die Folge, daß das Recht auf Erfüllung als drittes neben die ohnedies gegebenen und nunmehr fortbestehenden beiden Rechte tritt, so daß künftig der Gläubiger zu jeder Zeit unter den drei Rechten ein beliebiges wählen kann.

β. Oder man nimmt an, daß durch das Bestehen auf Erfüllung bereits eine Wahl zwischen Leistungsbeanspruchung und Leistungsablehnung ausgeübt wird, daß mithin für die Zukunft keins der beiden übrigen Rechte ausgeübt werden kann, und nur bei Unmöglichkeit oder Unvermögen der Erfüllung die hieraus sich ergebenden Rechte (BGB. §§ 323—325, 279, ohne die in HGB. § 376 Abs. 2—4 enthaltenen Beschränkungen) an die Stelle des Erfüllungsanspruchs treten.

. Oder endlich man nimmt an, daß durch Bestehen auf Erfüllung zwar eine Wahl zwischen Leistungsbeanspruchung und Leistungsablehnung ausgeübt wird, jedoch nur insofern, als nunmehr die beiden anderen Rechte nicht mehr aus dem alleinigen Grund der Nichterfüllung am Stichtag ausgeübt werden können, daß dagegen dem Nichtsäumigen die Möglichkeit bleibt, wegen Verzugs oder nach Erlangung eines auf Erfüllung lautenden rechtskräftigen Urteils gemäß BGB. §§ 326, 283 jene Rechte auszuüben.

Die Ansicht zu α entspricht am meisten dem Wortlaut des § 376; dennoch kann sie nicht als die vom Gesetzgeber gewollte angesehen werden, denn nach ihr würde im Fall erfolgter Anzeige dem Gläubiger die Möglichkeit bleiben, auf Kosten des Schuldners zu spekulieren, was gerade (D. 222) durch die Bestimmungen des § 376 ausgeschlossen werden sollte.

Die Ansicht zu γ ist in ROH. 4 287 gebilligt und wird von Staub Anm. 25, 35

vertreten (ähnlich auch Lehmann Nr. 87, 90). Staub scheint auch anzunehmen, daß bei Verzug immer BGB. § 326 Abs. 1 mit seiner Notwendigkeit einer Fristsetzung anwendbar sei; dies ist insofern richtig, als der Gläubiger, indem er das Recht, auf Erfüllung zu bestehen, ausübt, zu erkennen gibt, daß er zu jener Zeit ein Interesse an Erfüllung hat; dagegen ist es insofern unzutreffend, als später (z. B. infolge Kursänderung) das Interesse an Erfüllung aufhören kann, und dann eine Fristsetzung nicht mehr nötig bliebe (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI b 2). Die Ansicht Staubs leidet an demselben Mangel wie die zu α, daß sie nämlich ein Spekulieren des Gläubigers auf Kosten des Schuldners zuläßt. Sie ist ferner aus dem Grund zu verwerfen, weil HGB. § 376 den § 326 BGB. vollständig ersetzt, nicht neben ihm zur Anwendung kommt (oben Anm. I c). Die von Staub angenommene Zeitfolge, daß nämlich BGB. § 326 erst zur Anwendung komme, nachdem das Bestehen auf Erfüllung erklärt ist, ist überdies willkürlich, denn in den regelmäßigen Fällen wird der Verzug schon vor dem Bestehen auf Erfüllung vorhanden sein, und die Anzeige erhält nur ein vorhandenes Recht, gibt nicht ein neues; angewandt auf jene frühere Zeit ist aber BGB. § 326 unvereinbar mit HGB. § 376. Aber auch in der beschränkten von Staub gewollten Anwendung entstünden Schwierigkeiten; würde eine Frist gesetzt, so wäre die für die Berechnung des Schadensersatzes maßgebende Zeit eine andere als die in HGB. § 376 Abs. 2, 3 vorausgesetzte (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VII c); der § 376 Abs. 2—4 würde daher auch bei Fixgeschäften nicht für anwendbar auf eine Schadensberechnung gemäß BGB. § 326 erachtet werden können, und damit würde — zumal da bei Fixgeschäften eine angemessene Nachfrist meist nur nach Stunden zählen wird — die Bedeutung des § 376 Abs. 2—4 sehr stark eingeschränkt.

Hiernach wird wohl der Ansicht zu β der Vorzug gegeben werden müssen. Sie ergänzt allerdings (wie auch die Ansicht zu γ) — was in § 376 nicht steht — entsprechend dem BGB. § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2: „Durch Bestehen auf Erfüllung ist das Rücktrittsrecht und der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ausgeschlossen.“ Legt man die Ansicht zu β zu grund, so ergeben sich nachstehende Folgerungen: Wird die Erfüllung wirksam beansprucht, so ist die hierdurch erklärte Wahl endgültig bindend (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. III 4). Auch eintretender Verzug des Säumigen oder Erlangung eines rechtskräftigen, auf Erfüllung lautenden Urteils geben dem Nichtsäumigen nicht die Wahlmöglichkeit zurück. Der Säumige kann nun nachträglich erfüllen und bleibt hierzu und zur Leistung von Schadensersatz wegen Verspätung verpflichtet. Bei sich ergebender Unmöglichkeit oder Unvermögen der Erfüllung erlöschen jene Verpflichtungen oder werden durch andere ersetzt, je nachdem, wer die Unmöglichkeit bezw. das Unvermögen zu vertreten hat. Hatte der Nichtsäumige bei oder nach Erfüllungsverlangen Stundung erteilt (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XII b 2), so verwandelt sich nunmehr (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. III 2 e) das Geschäft in einen gewöhnlichen Kaufvertrag, bezüglich dessen dann neuerdings Verzug mit den Folgen des BGB. § 326 eintreten kann (Düringer-Hachenburg Anm. III 4).

c. **Nichtbestehen auf Erfüllung.** Wird rechtzeitige Anzeige unterlassen, so ist das Recht auf Erfüllung für die Zukunft ausgeschlossen, der Nichtsäumige bleibt auf Leistungsablehnung beschränkt und behält nur noch die engere Wahl zwischen Rücktritt und Geltendmachung des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Ebensowenig aber wie der Nichtsäumige ein Recht hat Erfüllung zu beanspruchen, hat er fortan eine Pflicht, die nachträglich angebotene Erfüllung anzunehmen (RLG. 9 411, ebenso Staub Anm. 20, 27); so auch, wenn er noch nicht die engere Wahl ausgeübt hat (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVII a 2). Die trotzdem erfolgende Annahme enthält einen Zusatzvertrag (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVII a 2 XVIII); ein solcher Vertrag ist gültig (ROH. 17 401).

d. **Engere Wahl.** Vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVII b. Hat der Nichtsäumige nicht angezeigt, daß er auf Erfüllung bestehe, so hat er nunmehr in der Regel die Wahl zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Das letztere Recht kann allerdings nur unter der Voraussetzung des Verzugs ausgeübt werden; dies steht jedoch einer nach Eintritt der Leistungszeit erfolgenden aufschiebend durch Verzugsbeginn bedingten Ausübung nicht

entgegen (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI e, XVII b). Auch das Rücktrittsrecht kann unter Umständen ausgeschlossen sein (vgl. z. B. BGB. §§ 351, 353). Der Nichtsäumige kann die engere Wahl sofort nach Eintritt der Leistungszeit vornehmen; er kann den Rücktritt sogar schon vorher bedingt erklären (vgl. oben Anm. III b 3). Er braucht aber nicht sofort sich zu erklären (ebenso Staub Anm. 11); die Erklärung bleibt vielmehr so lange zulässig, als nicht (§ 346 Anm. III a 4) in dem Stillschweigen ein erfolgter Verzicht auf einzelne oder alle wählbaren Rechte zu erblicken ist; bei der Eigentümlichkeit der in § 376 behandelten Geschäfte wird unter Umständen schon bei verhältnismäßig kurzer Dauer des Stillschweigens ein solcher Verzicht angenommen werden dürfen (Staub Anm. 34). Die abzugebende Erklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI d). Sie ist nicht einseitig widerrufbar (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVII b 3; streitig). Über das Recht des Säumigen, dem Nichtsäumigen eine Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts zu stellen, so daß dieses, wenn binnen der Frist nicht ausgeübt, nicht mehr wählbar ist (BGB. § 355), vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VIII a.

e. **Abweichende Vereinbarungen** (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVIII) sind in allen durch § 376 geregelten Beziehungen zulässig, da (oben Anm. I a) § 376 nur vertragergänzend ist.

f. **Tod des Leistungspflichtigen.** Stirbt derjenige, der fix zu leisten hat, vor Eintritt der Leistungszeit bezw. Ablauf der Leistungsfrist, so wird trotz der fixen Bestimmung die Leistung nicht zu dem fixen Zeitpunkt, sondern erst nach Ablauf der in BGB. §§ 2014—2017 bestimmten Fristen fällig (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I b 1). Damit fällt die Möglichkeit hinweg, schon unmittelbar nach Eintritt des fixen Zeitpunkts von den in § 376 zugelassenen Wahlrechten Gebrauch zu machen, insbesondere auch die Möglichkeit, auf Grund des § 376 sofort den Rücktritt zu erklären (dagegen Staub Anm. 36, Lehmann 2 139 Fußnote 1). Welche Rechte in solchem Fall dem Nichtsäumigen zustehen, um zu verhüten, daß er zur Annahme einer erheblich verspäteten Leistung verpflichtet bleibt, ist sehr zweifelhaft, kann aber nicht für den Fall des § 376 anders entschieden werden, als für den allgemeineren Fall, daß infolge der Verzögerung die Erfüllung des Vertrags kein Interesse mehr für den Säumigen hat; man wird wohl BGB. § 323 entsprechend anzuwenden haben.

IV. **Recht auf Rücktritt vom Vertrag.** Vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VIII, bei Säumnis des Käufers auch aaO. Anm. XII.

a. **Voraussetzungen.** Das Rücktrittsrecht knüpft unmittelbar an Nichtleistung bei Fälligkeit (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I, II) an; es besteht auch, wenn der Säumige nicht in Verzug ist, also auch, wenn — soweit dies im Einzelfall überhaupt erforderlich wäre (BGB. § 284; vgl. oben Anm. II a 2) — keine Mahnung erfolgt ist, und wenn der Säumige den Grund des Unterbleibens der Leistung nicht zu vertreten hat (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. III, IV). Wann Zug um Zug zu bewirkende Leistungen fällig werden, mithin deren Nichtleistung den Gegner zum Rücktritt berechtigt, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I f. — Zweifelhaft ist, ob auch im Fall des HGB. § 376 die Ausnahme des BGB. § 454 zu beachten ist, wonach, wenn der Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat, bei Säumnis des Käufers dem Verkäufer „das im § 325 Abs. 1 und im § 326 bestimmte Rücktrittsrecht" nicht zusteht. Staub Anm. 31, Düringer-Hachenburg Anm. III 1 f verneinen dies. Indessen ist die Frage wohl zu bejahen. Zwar ist BGB. § 454 nicht unmittelbar anwendbar, da das in HGB. § 376 gegebene Rücktrittsrecht nicht dasselbe ist wie dasjenige des BGB. § 326 (oben Anm. I c); indessen ist BGB. § 454 für entsprechend anwendbar zu erachten, denn der gesetzgeberische Grund der Vorschrift des BGB. § 454 trifft auch im Fall des HGB. § 376 zu; auch auf das in BGB. § 323 gegebene rücktrittsähnliche Recht ist BGB. § 454 für entsprechend anwendbar zu erachten (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IX e 4), und BGB. § 327, trotzdem dort gleichfalls nur von dem „in den §§ 325, 326 bestimmten Rücktrittsrecht" gehandelt wird, muß dennoch entsprechend auch auf das Rücktrittsrecht des HGB. § 376 (und des BGB. § 361) angewendet werden (unten Anm. IV b).

b. **Inhalt.** Da HGB. § 376 keine näheren Vorschriften über die Folgen der Ausübung des Rücktrittsrechts enthält, so muß angenommen werden, daß nach dem Willen des Gesetzgebers hier das Gleiche gelten sollte wie bei einem gemäß BGB. § 326 ausgeübten Rücktrittsrecht.

Hiernach ist BGB. § 327 entsprechend anzuwenden; eine unmittelbare Anwendung ist nicht möglich (dagegen Staub Anm. 11 unvereinbar mit seiner Ansicht Anm. 31 bezüglich des BGB. § 454), da BGB. § 327 nur von dem „in den §§ 325, 326 bestimmten Rücktrittsrecht" handelt, das Rücktrittsrecht des BGB. § 326 aber von dem des HGB. § 376 verschieden ist (oben Anm. I c). Aus der entsprechenden Anwendung des BGB. § 327 folgt, daß auch für das Rücktrittsrecht des HGB. § 376 die Vorschriften des BGB. §§ 346—356 über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht entsprechende Anwendung finden, mit der Abweichung jedoch (BGB. § 327 Satz 2), daß wenn der Säumige den Grund des Unterbleibens der Leistung nicht zu vertreten hat (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IV), dieser rücksichtlich des etwa Empfangenen nur nach den Vorschriften über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung haftet.

V. **Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.** Vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VII, bei Säumnis des Käufers auch aaO. Anm. XI.

a. **Voraussetzungen.** Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat zur Voraussetzung, daß der Säumige im Verzug (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I—IV) ist. Die schuldige Leistung muß also fällig und infolge eines vom Säumigen zu vertretenden Umstands unterblieben sein. Falls ausnahmsweise die Zeit anders als nach dem Kalender oder nach einer von Kündigung ab kalendermäßig zu berechnenden Zeit fest bestimmt ist (BGB. § 284 Abs. 2, oben Anm. II a 2), müßte nach dem Wortlaut des BGB. § 284 auch eine Mahnung erfolgen, damit Verzug eintritt; diese Mahnung wäre allerdings leere Form, da im Nichtbestehen auf Erfüllung eine Ablehnung der letzteren liegt (oben Anm. III c), mithin das Gegenteil des mit einer Mahnung nach deren zur Erfüllung auffordernden Inhalt Bezweckten; in gleicher Weise kann aber, wenn man an dem Wortlaut des BGB. festhalten will, eine Mahnung in Verbindung (und möglicherweise gleichzeitig; Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI e 1) mit einer ihrem Inhalt widersprechenden Erklärung der Leistungsablehnung gemäß BGB. § 326 Abs. 2 notwendig werden; erachtet man sie daher in letzterem Fall nicht für überflüssig, so würde man sie auch in dem oben erörterten Fall des HGB. § 376 für unerläßlich halten müssen; richtiger ist allerdings wohl, in beiden Fällen davon abzusehen. Eine Frist braucht nicht gestellt zu werden. In einer dennoch gestellten Frist liegt ein Antrag zu einem Zusatzvertrag über Rückgängigmachung der aus dem Nichtbestehen auf Erfüllung erwachsenen Folgen (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVII a 2). Über die Ausübung der engeren Wahl vgl. oben Anm. III d. Über Anbietung nichtvertragsgemäßer Ware im Börsenterminhandel nach Kündigung aber vor Ablauf der Lieferungsfrist vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I d.

b. **Inhalt** der Schadensersatzpflicht. Vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VII b.

c. **Maßgebender Zeitpunkt** für Bemessung des Schadens ist derjenige der Leistungszeit (§ 376 Abs. 2; abweichend bei Nichtfixgeschäft: Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VII c). An diesem grundsätzlichen Standpunkt ändert auch nichts die Bestimmung des § 376 Abs. 3, daß in dem dort behandelten Fall das Ergebnis des (sofort) nach Ablauf der Leistungszeit zu bewirkenden Verkaufs oder Kaufs zu grund zu legen ist; ein solcher Verkauf oder Kauf soll nur dazu dienen, mit möglichster Annäherung festzustellen, welcher Schaden zu dem früheren Zeitpunkt der Leistungszeit entstanden war.

d. **Die beiden Arten der Schadensberechnung.**

1. Allgemeines. Soweit § 376 Abs. 2—4 nichts Abweichendes bestimmt, kommen die allgemeinen Regeln (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VII d, XI e) auch hier zur Anwendung. Der Nichtsäumige kann sowohl auf Grund der Marktlage („abstrakt"; § 376 Abs. 2), wie auf Grund des Abwicklungsergebnisses („konkret"; § 376 Abs. 3, 4) seinen Schaden berechnen. Eine Abwicklung gemäß § 376 Abs. 3, 4 erfolgt für Rechnung des Nichtsäumigen (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VII d 3 γ; Nichtanführung des § 373 Abs. 3 in § 376 Abs. 3, 4); hieraus ist zu folgern, daß auch (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VII d 1) im Fall des § 376 dem Nichtsäumigen in jeder Lage des Verfahrens — soweit dies mit Einhaltung der Bestimmungen in § 376 Abs. 3, 4 vereinbar — freisteht, die Art seiner Schadensberechnung zu ändern und statt Abwicklungsschadens den Markt-

lageschaden zu beanspruchen; die im § 376 Abs. 4 vorgeschriebene Benachrichtigung zwingt nicht zu einer gegenteiligen Entscheidung, da auch im Fall des BGB. § 326 eine etwa geschehene Benachrichtigung von erfolgter Deckung nicht das Recht entzieht, Marktlageschaden zu berechnen.

2. Berechnung nach Marktlage („abstrakter Schaden"). Hat die Ware keinen Börsen- oder Marktpreis, so sind die allgemeinen Regeln (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VII d 2, XI e 2) maßgebend. Hat sie einen Börsen- oder Marktpreis, so kommt § 376 Abs. 2 zur Anwendung; doch war nicht beabsichtigt, hiermit etwas von jenen allgemeinen Regeln Abweichendes zu bestimmen (D. 22). Hiernach werden insbesondere die Worte „am Orte der geschuldeten Leistung" nicht auf den Erfüllungsort als solchen zu beziehen, vielmehr nicht anders auszulegen sein, als wozu die Anwendung jener allgemeinen Regeln (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VII d 2) führt. Der § 376 Abs. 2 bezieht sich sowohl auf Säumnis des Verkäufers wie auf Säumnis des Käufers (D. 222).

3. Berechnung nach Abwicklungsergebnis („konkreter Schaden").

α. Hat die Ware keinen Börsen- oder Marktpreis, so sind die allgemeinen Regeln (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VII d 3, XI e 3) maßgebend; insbesondere kann in diesem Fall ein Privatkauf bzw. Privatverkauf zu grund gelegt werden (Staub Anm. 17). Dies war die Absicht des Gesetzgebers (D. 219); der für sich allein betrachtete Wortlaut des § 376 Abs. 3 Satz 2 würde allerdings zum gegenteiligen Ergebnis führen, denn „der Verkauf oder Kauf" würde dann nur auf „anderweit vorgenommenen Verkaufs oder Kaufs" bezogen werden können, nicht auch auf den zugefügten Nebensatz „falls die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat".

β. Hat die Ware einen Börsen- oder Marktpreis, so ist § 376 Abs. 3, 4 maßgebend, insoweit die Abwicklung mittels Deckungsverkaufs oder -kaufs (unten zu e) geschieht. Zulässig bleibt jedoch auch hier die Abwicklung in anderer Weise, und falls sie in solch anderer Weise geschieht, bleiben auch hier die allgemeinen Regeln maßgebend. Die Vorschriften des § 376 Abs. 3, 4 beziehen sich sowohl auf den Fall, daß der nichtsäumige Verkäufer wie daß der nichtsäumige Käufer sich deckt (D. 222).

e. **Der Deckungsverkauf oder -kauf bei Waren mit Börsen- oder Marktpreis.** Der Deckungsverkauf oder -kauf des § 376 Abs. 3, 4 weicht in den dort erwähnten Beziehungen von den allgemeinen Regeln (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VII d 3, XI e 3) ab. Soweit indessen § 376 Abs. 3, 4 keine ausdrücklichen Bestimmungen enthält, kommen jene allgemeinen Regeln zur Anwendung, und nicht etwa die hiervon in der Rechtsprechung teilweise abweichend gestalteten Regeln über Selbsthilfeverkauf bei Annahmeverzug. So z. B. bezüglich des Orts der vorzunehmenden Deckung, der Lieferungs- oder Zahlungsbedingungen, der Beschaffenheit der zu verkaufenden Ware.

1. Zeit der Deckung (§ 376 Abs. 3 Satz 1). Nur wenn die Deckung „sofort" (oben Anm. III b 3) nach Ablauf der bedungenen Leistungszeit oder Leistungsfrist bewirkt wird, kann deren Ergebnis zu grund gelegt werden.

2. Form der Deckungsbewirkung (§ 376 Abs. 3 Satz 2). Ausgeschlossen ist ein Privatverkauf; zulässig vielmehr nur öffentliche Versteigerung oder Verkauf bzw. Kauf durch einen hierzu öffentlich ermächtigten Handelsmakler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preis (§ 373 Anm. XV b 2, c).

3. Mitbietungsrecht beider Vertragsparteien (§ 376 Abs. 4 Satz 1). Vgl. § 373 Anm. XV b 2 δ.

4. Benachrichtigung von erfolgter Deckung (§ 376 Abs. 4 Satz 2). Vgl. § 373 Anm. XVI. Vorherige Androhung und Benachrichtigung sind — abweichend vom Fall des § 373 — nicht erforderlich.

VI. **Recht auf Erfüllung.** Vgl Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VI, bei Säumnis des Käufers auch aaO. Anm. X. Über das Erfordernis der sofortigen Anzeige, daß auf Erfüllung bestanden werde, und über die Wirkung der erfolgten bzw. der unterlassenen Anzeige vgl. oben Anm. III b, c. Ist auf Erfüllung bestanden, so hat der Nichtsäumige das fernere Recht, die eigene Leistung einst-

weilen zurückzuhalten und — bei Verzug — Schadensersatz wegen Verspätung der Erfüllung zu beanspruchen (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VI b, c, X b, c).

VII. **Teilweise Nichterfüllung.** Der § 376 enthält keine Vorschrift darüber, welche Folgen eintreten, wenn die ganze Leistung zu festbestimmter und als genau bedungener Zeit oder Frist geschuldet, aber nur ein Teil zu dieser Zeit bzw. vor Ablauf dieser Frist geleistet und angenommen ist. Eine unmittelbare Ergänzung aus BGB. § 326 ist nicht möglich, da, soweit HGB. § 376 gilt, BGB. § 326 nicht anwendbar ist (oben Anm. I c; dagegen Staub Anm. 32), mithin auch nicht dessen Abs. 1 Satz 3 (dagegen D. 223), und da ferner BGB. § 326 selbst, außer der Vorschrift des Abs. 1 Satz 3, die nur den Fall regelt, daß teilweise Erfüllung ohne Interesse für den Nichtsäumigen ist, keine Vorschrift über die Folgen teilweiser Nichterfüllung enthält. Wie aber BGB. § 326 Abs. 1 Satz 1, 2, Abs. 2 auf teilweise Nichterfüllung bei Nichtfixgeschäften entsprechend anwendbar sind (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XIII), so wird auch HGB. § 376 auf teilweise Nichterfüllung bei Fixgeschäften entsprechend anzuwenden sein. Und wie ferner BGB. § 326 Abs. 1 Satz 3 auf teilweise Nichterfüllung bei Nichtfixgeschäften unmittelbar anwendbar ist, so wird — wegen Gleichheit des gesetzgeberischen Grunds — diese Bestimmung auch auf teilweise Nichterfüllung bei Fixgeschäften entsprechend anwendbar sein. Hieraus folgt, daß wenn nur ein Teil der fixen Leistung bewirkt ist, der Nichtsäumige die Restleistung nur verlangen kann, wenn er sofort nach Zeit- oder Fristablauf dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe. Hat er dies nicht angezeigt, so kann er zu einem dem Wert der Restleistung entsprechenden Teil vom Vertrag zurücktreten oder bei eintretendem Verzug Schadensersatz wegen Nichtleistung des Restes ohne Fristſtellung fordern; hat aber die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse, so hat er ferner die Wahl, vom ganzen Vertrag zurückzutreten oder bei eintretendem Verzug Schadensersatz wegen Nichtbewirkung der ganzen Leistung ohne Fristſtellung zu fordern. Näheres vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XIII a 1, 3—6, d—g, XIV. Über Säumnis bei Ratenleistungsgeschäften vgl. aaO. Anm. XV.

II. Beanstandung der Ware (§§ 377—379).

§ 377.

Sachmangel.

Ist der Kauf für beide Theile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Waare unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange thunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.

Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Waare als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.

Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Waare auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.

Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.

Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen.

ADH. Art. 347, 350. **Entw. I** § 348. **Entw. II** § 369.

I. **Verhältnis zum BGB.** Nach BGB. ist der Käufer grundsätzlich nicht verpflichtet, die gelieferte Sache auf etwaige Mängel zu prüfen und die etwa entdeckten Mängel anzuzeigen. Allerdings kann die Tatsache, daß eine den Umständen nach mögliche Untersuchung gelieferter Ware und Rüge eines Sachmangels unterblieben ist, insofern in Betracht kommen, als sich daraus im Einzelfall vielleicht der Schluß ziehen läßt, der Empfänger habe auf seine Rechte verzichten wollen; aber in der Regel ist der Gewährleistungsanspruch (BGB. §§ 462, 463, 480 Abs. 1; nicht auch etwaige sonstige Rechte) des Käufers nur ausgeschlossen, wenn (BGB. § 464) der Käufer vorbehaltlos eine mangelhafte Sache angenommen hat, obschon er den Mangel kannte (D. 223). Der Schluß auf einen beabsichtigten Verzicht kann nach der Verkehrssitte — auch gegen den Willen des betreffenden Käufers (§ 346 Anm. I a) — unter Umständen bereits in nur kurze Zeit dauerndem Stillschweigen gefunden werden (vgl. Staub Anm. 155—157), ein Verzicht auf den Wandlungsanspruch auch in einer Verfügung über die Sache trotz Kenntnis des Mangels (Anhang zu § 377 Anm. III a 4). Der § 377 HGB. geht noch einen Schritt weiter; mittels Aufstellung einer vertragergänzenden Bestimmung (Abs. 1—4), deren Anwendung er aber für den Fall der Arglist des Verkäufers zwingend ausschließt (Abs. 5; vgl. BGB. § 276 Abs. 2, § 476; unten Anm. VII b 2, IX a), regelt er im einzelnen jene Verkehrssitte für den Fall des beiderseitigen Handelskaufs. Der § 377 läßt hierdurch für die von ihm betroffenen Fälle einer Lieferung mit Sachmangel die nach allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Rechte des Käufers unberührt (unten Anm. VIII b) und macht nur die Ausübung dieser Rechte von der ferneren Voraussetzung abhängig, daß vorschriftsmäßig gerügt ist. — Der § 377 HGB. tritt, soweit er reicht, also soweit die Bedeutung des Stillschweigens nach erfolgter Ablieferung in Betracht kommt, an die Stelle der allgemeineren Vorschriften des HGB. § 346, BGB. §§ 133, 157, 242; diese letzteren Vorschriften können insoweit nicht neben HGB. § 377 zur Anwendung gebracht werden. Dagegen bleiben die erwähnten allgemeineren Vorschriften maßgebend, insoweit ein durch HGB. § 377 nicht geregeltes Verhalten in Betracht kommt. Wie ein Stillschweigen des Käufers wirkt, der schon vor Ablieferung der Ware eine Rechnung

erhalten hatte, aus welcher die Mangelhaftigkeit der Ware bereits ersichtlich war, vgl. unten Anm. IIIa 5. — Im Fall des Werkvertrags, soweit er nicht durch HGB. § 381 Abs. 2 den Regeln des Handelskaufs unterstellt ist, verbleibt es bei den allgemeinen Vorschriften des BGB. und des HGB. § 346 (§ 373 Anm. IIId).

II. **Beiderseitiger Handelskauf.**

a. **Beiderseitiger.** Vgl. § 352 Anm. IIb 3. Ist nur eine beider Parteien Kaufmann, so ist — in beabsichtigtem Gegensatz zum früheren Recht — die Anwendung des § 377 ausgeschlossen. Man darf auch in solchem Fall nicht besondere Grundsätze aufstellen wollen (was Staub Anm. 155—157 versucht); es gelten vielmehr — da § 346 nur auf Geschäfte „unter Kaufleuten“ bezüglich (§ 346 Anm. IIb 1) — für den einseitigen Handelskauf an sich lediglich dieselben Grundsätze wie für ein Kaufgeschäft unter zwei Nichtkaufleuten (RG. 49 159, RG. 26 VI 04 HoldheimsM.Schr. 302, OLG. Hamburg 13 XII 02 OLG.Rspr. 6 90, 11 X 04 OLG.Rspr. 10 341, Lehmann in ZHR. 52 24 Anm. 36, Düringer-Hachenburg Anm. X). Hierdurch ist aber die Beachtung von Verkehrssitten beim einseitigen Handelskauf nicht ausgeschlossen (oben Anm. I), und möglich ist auch (vgl. § 346 Anm. Ib), daß für bestimmte Formen eines derartigen Geschäftsverkehrs, z. B. bei Ankauf bestimmter Arten leicht verderblicher Waren durch Großkaufleute, besonders strenge Verkehrssitten sich ausbilden. Besonders nachzuweisen wäre bei nicht beiderseitigem Handelsgeschäft insbesondere eine Verkehrssitte, die etwa dahin ginge, daß nur eine Rüge genüge, in der jeder einzelne Mangel angegeben wird (RG. 49 162). Mit Bezug auf den Fall, daß beim einseitigen Handelskauf der Verkäufer Kaufmann ist, bemerkt D. 224: „Wenn das BGB. den Käufer, weil er häufig nicht die nötige Sachkunde und Erfahrung hat, zur sofortigen Untersuchung der Ware nicht verpflichtet, so darf auch im HGB. nicht einem Käufer, der nicht Kaufmann ist, eine solche Verpflichtung bloß deshalb auferlegt werden, weil er von einem Kaufmann gekauft hat; hierdurch würde das kaufmännische Interesse in zu einseitiger Weise berücksichtigt. Der Gegengrund, daß auch der Händler, welcher unmittelbar an den Konsumenten verkauft, von den Mängeln der verkauften Ware unverzüglich Kenntnis erhalten müsse, um seinerseits rechtzeitig seinen Verkäufer in Anspruch nehmen zu können, ist nicht durchgreifend, zumal ein solcher Händler häufig vom eigenen Lager verkauft und deshalb ohnehin wegen der von dem Kunden gerügten Mängel keinen Rückgriff mehr hat.“

b. **Handelskauf.** Vgl. § 373 Anm. I, III. Der § 377 bezieht sich — abweichend vom früheren Recht (D. 223) — nicht nur auf Fernkäufe, sondern auch auf Platzkäufe. Daß er auch im Fall eines Kaufs nach Probe und im Fall eines Kaufs auf Probe Anwendung findet, ist als selbstverständlich nicht besonders hervorgehoben (D. 224). Die §§ 377—379 sind entsprechend anwendbar auf die Ablieferung des vom Einkaufskommissionär beschafften Guts an den Kommittenten (§ 391). In welchen Fällen § 377 anwendbar ist auf Viehkäufe, vgl. § 382 Anm. II—IV, in welchen Fällen auf Werkverträge, vgl. § 381 Anm. II, § 373 Anm. IIId. Der § 377 ist nicht anwendbar, falls, ohne daß ein Kauf abgeschlossen, Ware abgeliefert wird; nicht mithin z. B. bei Zusendung unbestellter Ware (ROH. 10 144, RG. 16 II 00 JW. 297 [15]), solange nicht der Empfänger den in der Zusendung liegenden Kaufantrag annimmt. Über die Rechtsverhältnisse bei Zusendung unbestellter Waren vgl. Aßmann Die unbestellten Zusendungen, Berlin 1901. Die Beantwortungs- und Schadenverhütungspflicht des § 362 erstreckt sich in der Regel nicht auf den Fall einer Zusendung unbestellter Ware (§ 362 Anm. IIa 3). Unter welchen Umständen im Schweigen auf unbestellte Zusendung die Annahme des darin liegenden Kaufantrags zu finden ist, vgl. § 346 Anm. IIIa 5. Wann die Untersuchungs- und Anzeigepflicht bezüglich einer Ware beginnt, rücksichtlich deren (wie z. B. bei Annahme unbestellt zugesendeter Ware) ein Kauf erst nach erfolgter Ablieferung abgeschlossen ist, vgl. unten Anm. Va 2.

III. **Ablieferung der Ware.**

a. **Ablieferung.** Ob der Zeitpunkt der Ablieferung stets der bei Anwendung des § 377 maßgebende ist, vgl. unten Anm. IIIa 4, Va 2, IXc 2, § 381 Anm. II.

1. Beziehung zu den sachenrechtlichen Begriffen des BGB.

Das Wort „Ablieferung“ findet sich an mehreren Stellen des BGB. (z. B. §§ 477, 492

967, 975 f., 978, 2259) und des HGB. (z. B. §§ 388, 437, 438, 440, 442, 448, 456, 606, 623, 624, 650, 651); an einigen Stellen des letzteren anscheinend gleichbedeutend mit „Auslieferung“ (vgl. §§ 435, 624, 659). Es hat jedenfalls keine Beziehung auf die Übertragung von *Eigentum*; denn in den meisten Fällen, in denen es gebraucht wird, ist der Ablieferer nicht Eigentümer. Dagegen wird der Begriff der Ablieferung mit dem Begriff der „*Besitzübertragung*“ in Beziehung zu setzen sein. Doch steht der Begriff der Ablieferung in Beziehung nur zu dem Begriff der Übertragung *unmittelbaren* Besitzes; keine Ablieferung liegt in der Verschaffung bloß *mittelbaren* Besitzes, solange nicht auch der *unmittelbare* Besitz auf den Empfänger oder die von ihm bezeichnete Person übertragen ist. So bei Besitzübertragung durch Besitzvertrag (constitutum possessorium) oder durch Abtretung eines Herausgabeanspruchs (im Ergebnis ebenso Prot. z. BGB. 1 702, ROH. 9 52; bei Besitzvertrag ebenso RG. 16 XII 04 JW. 05 79[17], *dagegen* vgl. RG. 33 25), insbesondere (§ 424 Anm. IIa) Übergabe eines Verfügungspapiers (vgl. RG. 52 353). So verstanden würde „Ablieferung“ im § 377 nichts wesentlich anderes bedeuten als „Übergeben“ in BGB. § 433 Abs. 1 (vgl. daher Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. Vc; daselbst über die gegenteilige von Düringer-Hachenburg 3 19 vertretene Ansicht); nur der kleine Unterschied würde vielleicht bestehen, daß unter „Übergeben“ wohl nur eine Besitzübertragung durch dingliche *Einigung* verstanden ist, während (unten zu 3 und 4) unter „Ablieferung“ wohl auch ein Vorgang mitbegriffen ist, inhalts dessen der Ablieferer seinen Besitz einseitig aufgibt und der Empfänger ihn einseitig erwirbt; und auch der fernere Unterschied besteht, daß die Begrenzung der Übergabepflicht durch BGB. § 447 (Gefahrübergang durch Auslieferung an Beförderer bei Versendungskauf) nicht auch die Ablieferungspflicht entsprechend begrenzt.

In BGB. § 477 ist allerdings infolge absichtlicher Änderung durch die zweite Kommission „Übergabe“ und „Ablieferung“ *unterschieden*; unter „Ablieferung“ ist auch dort (trotz der unten angeführten Stelle der Protokolle) nur Übertragung des *unmittelbaren* Besitzes als verstanden anzusehen, während unter „Übergabe“ in BGB. § 477 wohl (so Dernburg[3] 2 § 190 II 2; dagegen Planck[3] § 477 Anm. 4b), abweichend von der Bedeutung dieses Worts in BGB. § 433 Abs. 1, auch die Übergabe durch Besitzvertrag als mitverstanden gelten muß, mithin in BGB. § 477 „Ablieferung“ und „Übergabe“ im Fall des Besitzvertrags sich in der Tat unterscheiden. Die entscheidende Stelle der Protokolle zum BGB. 1 702 lautet: „Ablieferung und Übergabe werden zwar in der Regel zeitlich zusammenfallen, . . . Beide Momente können aber auch zeitlich auseinanderfallen. Erfolge die Übergabe vor der Ablieferung, z. B. durch constitutum possessorium oder durch Übersendung von Lagerschein oder Konnossement, so könne nach dem Entwurf die Verjährung bereits eingetreten sein, ehe der Käufer durch die Ablieferung in den Stand gesetzt sei, den Mangel zu entdecken. Allerdings seien auch Fälle denkbar, in denen die Ablieferung der Übergabe vorangehe. Solche Fälle werden aber nur sehr selten vorkommen ... Auch sei der Begriff der Ablieferung keineswegs ein unbestimmter; vielmehr habe er in der bisherigen Rechtsprechung eine genügend feststehende technische Bedeutung erlangt (RG. 5 31).“ Hiernach verweisen die Protokolle im wesentlichen auf die Auslegung des Begriffs in RG. 5 31. Die in RG. 5 31 enthaltene Auslegung erscheint aber nicht haltbar (unten zu 2), weil mit anderen Gesetzesstellen in Widerspruch stehend, und damit entfällt auch die Haltbarkeit der in den Prot. z. BGB. enthaltenen Auslegung. Die letztere Auslegung ist aber nicht im Gesetz *selbst* festgelegt, da, wie gezeigt, auch wenn man ihr *nicht* folgt, noch die Möglichkeit einer sachlichen Unterscheidung zwischen „Ablieferung“ und „Übergabe im Sinn des BGB. § 477“ verbleibt.

Ähnlich der in Prot. z. BGB. vertretenen Ansicht nimmt auch Dernburg[3] 2 § 189 IV 1 an, daß Ablieferung unabhängig sei von Besitzverschaffung, wenngleich (Dernburg[3] 2 § 190 II 1) sie *in der Regel* damit zusammenfalle (ebenso RG. 5 31; vgl. jedoch unten zu 2); für eine Ablieferung sei erforderlich, daß „die tatsächliche Verfügung über die Ware dem Käufer offen steht, und zwar so, daß er sie in geschäftsordnungsmäßiger Weise untersuchen kann“ (ebenso RG. 21 I 98 GruchotsBeitr. 43 763, vgl. unten zu 2

nur die Untersuchungsmöglichkeit erachtet für entscheidend ROH. 11 66); Ablieferung ohne Verschaffung körperlichen Gewahrsams liege z. B. im Verschaffen der Verfügung über eine im Zollhaus oder im Güterbahnhof lagernde Ware durch Aushändigen der darüber lautenden Papiere; Erwerb des unmittelbaren Besitzes ohne Ablieferung liege z. B. im Besitzerwerb durch einen Besitzdiener des Empfängers, wie etwa bei Abholung der Ware durch den vom Käufer hierzu abgesandten Knecht. Was das erstere dieser Beispiele betrifft, so können die Fälle im einzelnen verschieden liegen, insbesondere z. B. nach der Richtung, ob die Papiere Verfügungspapiere sind oder nicht, ob das Zollhaus oder der Güterbahnhof vertragsmäßiger Bestimmungsort sind oder nicht, ob die Zoll- oder Bahnverwaltung Besitzdiener einer der Parteien, oder ob sie unmittelbarer Besitzer ist; nicht alle diese Fälle werden gleich zu entscheiden sein; im wesentlichen scheint aber der Entscheidung Dernburgs die unten zu 2 verworfene (und auch von Dernburg[3] 2 § 189 bei Anm. 8 zurückgewiesene, dagegen aaO. § 190 II anscheinend gebilligte) Ansicht zu grund zu liegen, so daß auf die dortige Erörterung zu verweisen ist. Das zweite Beispiel Dernburgs wird in allen Fällen abweichend von ihm zu entscheiden sein; daß die hierauf bezügliche Ansicht Dernburgs nicht haltbar ist, ergibt sich, wenn man seinen Begriff der Ablieferung z. B. bei Anwendung des § 440 Abs. 3 oder des § 456 Abs 1 zu grund legen wollte; seine Ansicht beruht anscheinend auf dem Bestreben, bei einem Besitzerwerb durch Besitzdiener die Untersuchungs- und Anzeigepflicht zeitlich etwas hinauszuschieben, und um dies zu erreichen, folgert er irrig aus dem Begriff der Ablieferung, was nicht aus diesem folgt, sondern aus dem Begriff des ordnungsmäßigen Geschäftsgangs (hierüber unten Anm. V a 3).

Da sowohl „Besitz" wie „Ablieferung" auf eine tatsächliche Verfügungsmöglichkeit hinweisen, so muß es möglich sein, irgendwie den Begriff der Ablieferung unter Benutzung des Besitzbegriffs des BGB. zu erklären; solange man dies nicht tut, sondern anderweite Umschreibungen anwendet, bleibt Unklarheit bestehen.

Ablieferung und Besitzübergang betrachtet als gleichbedeutend RG. 19 IV 04 JW. 341[10]: „Ablieferung, also Übergang aus dem Besitz des Verkäufers in denjenigen des Käufers". Ähnlich auch Staub Anm. 16, der den Begriff der „Ablieferung" dahin bestimmt, daß die Ware mit Wissen des Käufers (hierüber unten zu 4) in dessen Gewahrsam gelangt sein müsse.

Daß „Ablieferung" beim Frachtgeschäft das Zusammenwirken des Empfängers mit dem Ablieferer erfordere (vgl. jedoch die Ausnahmefälle unten zu 3 und 4) und (in diesem Sinn) eine zweiseitige Handlung sei, anerkennt RG. 52 399, RG. 17 XI 03 JW. 04 46[16], und letztere Entscheidung bemerkt: „die Ablieferung besteht in der Übergabe der Ware an den Empfänger". Für die Ablieferung beim Kauf wird aber nichts anderes angenommen werden dürfen als für die Ablieferung beim Frachtgeschäft.

Über den Fall der Übergabe eines Verfügungspapiers vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. V c 3. Ob in Weitergabe des Guts seitens der Bahn an einen Rollfuhrunternehmer oder anderen Fuhrmann bereits eine Ablieferung an den Empfänger liegt, vgl. § 458 Anm. III d.

2. Muß Besitzerwerb des Käufers erfolgt sein? Der Versuch des Verkäufers, seiner Besitzverschaffungspflicht zu genügen, kann in verschiedener Weise verlaufen:

Entweder der Verkäufer gibt seinen Besitz auf, und der Käufer erwirbt Besitz. In diesem Fall liegt Ablieferung vor, gleichgültig ob der Besitzwechsel durch einen dinglichen Vertrag oder durch zwei aufeinander folgende selbständige Rechtshandlungen vermittelt ist. Auch dann liegt Ablieferung vor, wenn der Käufer zwar die Besitzübertragung entgegennimmt, gleichzeitig aber Vorbehalte macht, inhalts deren er Annahme als Erfüllung ablehnt; die Ablieferung wird nicht ungeschehen durch die auf Grund jener Vorbehalte demnächst erfolgende Rücksendung der Ware (RG. 8 VII 02 JW. 425[22]).

Oder der Verkäufer bietet Besitzübertragung an, der Käufer erwirbt aber nicht Besitz (z. B. weil er die Annahme ablehnt), und der Verkäufer gibt infolgedessen seinen Besitz nicht auf. In diesem Fall liegt nach der wohl als herrschend

zu bezeichnenden Ansicht keine Ablieferung vor; es genügt nicht schon ein abgelehntes, wenngleich tätliches Übergabeangebot (ROH. 15 55, RG. 5 32, Bolze 8 Nr. 487, 19 Nr. 535, RG. 8 XII 03 HoldheimsMSchr. 04 71, OLG. Hamburg 14 III 02 OLGRsp. 6 91; dagegen RG. 21 I 98 GruchotsBeitr. 43 763). So auch dann, wenn unberechtigterweise der Käufer die Annahme der Besitzübertragung (§ 373 Anm. Vb 1, 3) abgelehnt hat (ROH. 6 326, 24 29, Staub Anm. 28, Dernburg[3] 2 § 189 bei Anm. 8). — Im Gegensatz hierzu nahm RG. 21 I 98 GruchotsBeitr. 43 763 Ablieferung als erfolgt an in einem Fall, in dem der Käufer die ihm zugesandte, noch auf der Bahn lagernde Ware dort besichtigte, aber nicht abnahm, und Verkäufer sie dann auf Lager gab, indem es ausführte: „Ablieferung ist derjenige Akt des Verkäufers, der dem Käufer die tatsächliche Möglichkeit gibt, über die Ware zu verfügen und sie zu untersuchen. Liegt ein solcher Akt vor und verweigert der Käufer nicht von vorherein die Annahme, so ist die Ware als abgeliefert anzusehen, auch wenn der Käufer von der ihm gewährten Möglichkeit keinen Gebrauch macht". Ähnlich auch ROH. 3 392, 13 365, RG. 13 169, OLG. Hamburg 15 XII 88 ZHR. 38 237, Dernburg[3] 2 § 189 IV 1. Dieser Ansicht, die für den Begriff der Ablieferung nicht einmal Aufgabe des Besitzes seitens des Verkäufers fordert, sondern nur Angebot der Besitzaufgabe, kann indessen nicht beigetreten werden. Denn wenn es — was auch Dernburg aaO. annimmt — möglich ist, noch durch Annahmeweigerung das Zustandekommen der Ablieferung zu verhindern, so kann nicht schon in der zeitlich in der Regel der Annahmeweigerung vorausgehenden Verschaffung der Verfügungsmöglichkeit die vollendete Ablieferung gefunden werden. Selbst bei Zugrundlegung der hier verworfenen Ansicht erachtet ROH. 13 365 die Ablieferung als in der Regel noch nicht vollendet durch Aushändigung des Frachtbriefs vor erfolgter Zurollung. In Bolze 16 Nr. 416 ist Aufgabe des Gewahrsams seitens des Verkäufers als ein im Begriff der Ablieferung liegendes Merkmal erwähnt; ebenso in RG. 21 X 99 JW. 772[15] HoldheimsMSchr. 00 50, 31 III 03 JW. 244[26] das „Entlassen aus der Verfügungsgewalt"; ähnlich auch RG. 8 VII 02 JW. 425[33].

Oder endlich der Verkäufer gibt seinen Besitz auf, der Käufer erwirbt aber nicht Besitz (z. B. weil er die Annahme ablehnt). Unstreitig ist, daß in diesem Fall mindestens dann nicht Ablieferung vorliegt, wenn der Käufer nicht die Möglichkeit erlangt, Besitz zu ergreifen. Streitig dagegen ist, ob niemals Ablieferung erfolgt ist, wenn Käufer nicht den Besitz erlangt hat, oder ob vielmehr eine Ablieferung dann vorliegt, wenn zu der einseitigen Aufgabe des Besitzes durch den Verkäufer hinzukommt, daß hierdurch der Käufer die tatsächliche Möglichkeit erlangt, durch streng einseitigen Akt sich sofort den unmittelbaren Besitz der Ware zu verschaffen, dieselbe zu untersuchen und darüber tätlich zu verfügen. Für ersteres: ROH. 24 29, RG. 21 X 99 JW. 772[15] HoldheimsMSchr. 9 50, 19 IV 04 JW. 341[10], OLG. Hamburg 13 IV 91 ZHR. 40 509, 12 X 00 LOGRspr. 2 186, Staub Anm. 16; für letzteres ROH. 2 253, 3 392, 6 166, RG. 5 31, Bolze 16 Nr. 416, RG. 10 I 05 JW. 158[40], OLG. Jena 10 XII 04 OLGRspr. 11 411, Planck[3] § 477 Anm. 4a, Düringer-Hachenburg Anm. II 3; zweideutig RG. 19 XII 05 JW. 06 91[14]. Der ersteren Ansicht ist der Vorzug zu geben. Für sie spricht namentlich, daß in § 437 die Annahmeweigerung (und zwar ohne Unterscheidung, ob berechtigt oder nicht) als ein Ablieferungshindernis bezeichnet ist; sie wäre dies nicht, wenn der Frachtführer eine Ablieferung dadurch vollenden könnte, daß er mit Rücksicht auf eine erfolgte Annahmeweigerung den Besitz einseitig aufgibt unter gleichzeitigem Verschaffen einer Ergreifungsmöglichkeit für den Empfänger. Ebenso setzt § 440 Abs. 3 („noch") voraus, daß der Empfänger durch die Ablieferung stets Besitz erwirbt. Auch CPO. § 488 Abs. 2 scheint vorauszusetzen, daß im Fall der Annahmeweigerung wegen Mangelhaftigkeit es nie einer Mängelanzeige bedarf. Endlich ist auch die allgemeine Erwägung kaum abweisbar, daß die Unterstellung einer Genehmigung nicht wohl an die Tatsache der durch Annahmeweigerung klar erkennbar gemachten Nichtgenehmigung geknüpft werden kann, gleichgültig wie sich demnächst der Verkäufer verhält.

Nach Vorstehendem ist die Ablieferung ausnahmslos erst dann als

vollendet zu erachten, wenn der Käufer den (unmittelbaren; oben zu 1) Besitz erlangt hat, und dies gilt auch dann, wenn eine etwaige Nichterlangung auf einem Verschulden des Käufers beruht. — Für die Anwendung des § 377 ist übrigens nicht unerheblich, ob auch unberechtigte Annahmeweigerung die Ablieferung ungeschehen macht; zwar wenn Verkäufer nachweist, daß die Ware in vorschriftsmäßiger Beschaffenheit von ihm angeboten ist, so entfällt aus sachlichen Gründen die Möglichkeit von Gewährleistungsansprüchen, und es kommt dann nicht darauf an, ob diese Ansprüche durch Beobachtung der Form des § 377 erhalten wären; aber der Verkäufer kann sechs Monate (BGB. § 477) warten, und die Entscheidung über die Frage, ob er auch dann noch den sachlichen Nachweis der Mangellosigkeit führen muß, hängt davon ab, ob BGB. § 477 und HGB. § 377 zur Anwendung kommen, und wenn man dies im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht bejahen wollte, von der weiteren Frage, ob die in § 377 vorgeschriebene Anzeige erstattet ist.

3. Ablieferung ohne Willen des Empfängers. Da ein Erwerb unmittelbaren Besitzes unter Umständen auch ohne hierauf gerichteten Willen erfolgen kann (Planck[3] § 854 Anm. 2, Dernburg[3] 3 § 17 Nr. 4b), und da die Ablieferung nichts anderes ist als Bewirkung eines Erwerbs unmittelbaren Besitzes auf Seite des Empfängers unter Aufgabe des eigenen Besitzes auf Seite des Abliefereres, so ist nicht ausgeschlossen, daß eine Ablieferung vollendet wird ohne einen auf Entgegennahme derselben gerichteten Willen des Empfängers (dagegen ROH. 2 253, 8 29, 14 294); so z. B., wenn der Abliefer ohne Mitwirkung des Empfängers die Ware auf dem Lagerplatz des letzteren abgeladen hat (Staub Anm. 16; vgl. RG. 5 31).

4. Ablieferung ohne Wissen des Empfängers. Die Ablieferung ist selbst dann als vollendet zu erachten, wenn der Empfänger ohne Kenntnis von seinem Besitzerwerb geblieben ist (dagegen Staub aaO., RG. 5 31, Kronacher Werklieferungsvertrag 56). Da jedoch der zu grund liegende Vertrag nach der Verkehrssitte in der Regel dahin auszulegen sein wird, daß der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer von einer ohne dessen Kenntnis erfolgten Ablieferung alsbald Mitteilung zu machen, so ist in diesen Regelfällen der Verkäufer bei Unterlassung dieser Mitteilung schadensersatzpflichtig, und diese Schadensersatzpflicht führt dazu (BGB. § 249), daß die Untersuchungs- und Anzeigepflicht des § 377 in solchen Fällen erst mit der Kenntnisnahme von erfolgter Ablieferung beginnt. Ausnahmsweise kann jedoch der Inhalt des Vertrags dahin auszulegen sein, daß der Käufer verpflichtet ist, sich selbständig von etwa erfolgten Ablieferungen Kenntnis zu verschaffen, z. B. wenn Baumaterialien gekauft sind unter Erteilung der Anweisung, sie zu festbestimmten Zeiten auf dem Bauplatz abzuladen; in solchen Fällen läuft die Untersuchungs- und Anzeigepflicht von der Abladung an, auch wenn Käufer unterlassen hat, Kenntnis von letzterer zu nehmen (anscheinend dagegen RG. 4. VII 96 JW. 437[21]).

5. Übersendung einer Rechnung vor Ablieferung. Der Käufer braucht die ihm vor Ablieferung der Ware zugehende Rechnung nicht zu beachten; auch wenn aus dieser Rechnung die Mangelhaftigkeit, die Gattungsabweichung oder die Mengenabweichung ersehbar ist, gilt das Stillschweigen nicht als Genehmigung, sondern auch in diesem Fall beginnt die Rügefrist erst mit der Ablieferung (RG. 19 IV 04 JW. 341[10]; vgl. jedoch RG. 21 I 02 JW. 134[46]).

b. **Ware.** Vgl. § 1 Anm. IX d. Nach § 381 Abs. 1 ist § 377 auch anwendbar bei Kauf von Wertpapieren. Sachmängel werden bei letzteren selten sein, können indessen vorkommen (unten Anm. IV c 1).

IV. **Mangel.**

a. **Begriff.** Unter „Mangel" ist im Anschluß an die Bedeutung dieses Worts in BGB. §§ 460 ff. ein Sachmangel verstanden; die Anwendbarkeit des § 377 ist daher auf den Fall eines Vorliegens von Sachmängeln beschränkt. Ferner ist nach § 378 der § 377 auch anwendbar in bestimmten Fällen der Lieferung anderer Ware oder einer anderen Menge von Waren, als bedungen (hierüber vgl. § 378 Anm. II c, d). Über andere nahe verwandte Fälle, in denen hiernach die Anwendung des § 377 ausgeschlossen ist, vgl. unten zu c. Unter welchen Umständen ein Mangel der Verpackung Sachmangel ist, vgl. unten zu c 6.

b. **Zwei Fälle von Sachmängeln** sind zu unterscheiden, erstens Fehler und zweitens Nichtvorhandensein einer zugesicherten Eigenschaft; der § 377 kommt zwar in beiden Fällen zur Anwendung; aber die nach BGB. eintretenden Folgen der Mangelhaftigkeit sind für jeden der beiden Fälle etwas verschiedene.

1. Fehler. Dies sind diejenigen in einer Beschaffenheit der Sache liegenden Mängel, „die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern“ (BGB. § 459 Abs. 1). Hierunter fallen also nicht nur diejenigen Sachmängel, durch welche die Brauchbarkeit, sondern auch diejenigen, durch welche allein der Verkaufswert beeinträchtigt wird; so z. B. die zwar den Verkaufswert, aber nicht die Brauchbarkeit beeinträchtigenden Mängel in der Farbe der Ware, der Verpackungsart, der Etikettierung (Dernburg[3] 2 § 184 II; vgl. unten Anm. IV c 6). Eine Beeinträchtigung des Verkaufswerts und der Brauchbarkeit liegt in der Lieferung von Handelsgut unter mittlerer Art und Güte (ROH. 6 329) in denjenigen Fällen, in denen solches mittlerer Art und Güte geschuldet wird (vgl. § 360 Anm. II—IV). Da BGB. § 459 Abs. 1 als „Fehler“ nicht nur den Fall der Minderung, sondern auch den der Aufhebung des Werts oder der vorausgesetzten Brauchbarkeit bezeichnet, so muß angenommen werden, daß auch bei vollständiger Wertlosigkeit der Ware für den Handelsverkehr, und wenn sie infolge des Sachmangels nicht mehr als Handelsgut gelten kann, ohne doch eine ganz andere als die bedungene Ware zu sein, der § 377 Anwendung findet (ebenso ROH. 10 351, RG. 53 90; dagegen Staub Anm. 36; über wertlose Wertpapiere vgl. unten Anm. IV c 1). — Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit nur unerheblich mindern, kommen nicht in Betracht für den Gewährleistungsanspruch (BGB. § 459 Abs. 1 Satz 2); dagegen kommen sie in Betracht für eine etwaige Anfechtung des Vertrags wegen Betrugs, außer wenn angenommen werden kann, daß die etwaige Arglist ohne Einfluß auf den Entschluß zum Ankauf geblieben sein würde (RG. 30 IV 04 JW. 359[12]). Der Umstand, daß zur Beseitigung des Mangels nur ein verhältnismäßig geringer Kostenaufwand erforderlich ist, gibt dem Mangel nicht schon die Eigenschaft eines jeden Gewährleistungsanspruch ausschließenden geringfügigen (RG. 3 VI 05 JW. 426[3]). — Kein Fehler der Sache, sondern ein Fehler der Spekulation liegt vor, wenn beide Parteien irrtümlich annahmen, daß durch ein künftiges Ereignis die Sache wertvoller werden würde (RG. 52 432, RG. 15 XI 02 JW. Beilage 03 8[18]). — Ob eine bestimmte Eigenschaft einer Sache ein Fehler ist, kann nicht ein für allemal festgestellt werden, sondern ist eine Tatfrage, die nach örtlichen und sonstigen Verkehrsanschauungen unter Umständen verschieden beantwortet werden muß (RG. 30 VI 06 JW. 549[16]).

2. Zugesicherte Eigenschaft (BGB. § 459 Abs. 2).

α. Zusicherung.

Unter Zusicherung versteht BGB. § 459 eine Erklärung, die vom Käufer als zum Vertrag gehörend verlangt und vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben ist (RG. 54 223). Keine Zusicherung liegt vor, wenn, ohne eine Erklärung des Verkäufers, für die betreffende Eigenschaft einstehen zu wollen, Verkäufer und Käufer nur übereinstimmend von der Annahme ausgehen, daß die Eigenschaft vorhanden sei (RG. 28 VI 05 JW. 530[9]).

Ist für die betreffende Vertragserklärung eine bestimmte Form vorgeschrieben und für die Haupterklärung beobachtet, so ist daher eine nicht in dieser Form erklärte Zusicherung unwirksam (RG. 52 4, 61 251), außer wenn festgestellt wird, daß sie neben der förmlichen Erklärung gelten sollte (RG. 52 26). Wird letzteres aber festgestellt, so ist die ganze Vertragserklärung, weil nur unvollständig in gehöriger Form abgegeben, ungültig (RG. 56 50, RG. 3 IV 06 JW. 349[4]), außer wenn anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne die Zusicherung geschlossen worden wäre (BGB. § 139, RG. 52 4). Von dem Fall, daß eine Zusicherung garnicht in die Urkunde aufgenommen worden, ist der andere zu unterscheiden, daß die Parteien übereinstimmend mit bestimmten (wenngleich undeutlichen) in den Vertrag aufgenommenen Worten den Sinn der betreffenden Zusicherung verbunden wissen

wollten (RG. 27 VI 06 JW. 544 [7]); in letzterem Fall ist die Form gewahrt (RG. 62 49, RG. 13 II 06 JW. 226 [9]). Ist neben notariellem Kaufvertrag über ein Grundstück eine mündliche Zusicherung erfolgt, und hat demnächst der Käufer — wenngleich unter Vorbehalt seiner Rechte — die Auflassung entgegengenommen, nachdem der Verkäufer zu erkennen gegeben hatte, daß er den Inhalt der Zusicherung nicht mehr aufrechthalten wolle, so wird mangels Willensübereinstimmung bei Auflassung der Formmangel der Zusicherung nicht durch die Auflassung geheilt (RG. 52 5, 61 251).

Ist die Vertragserklärung nicht formbedürftig, so ist als genügend auch eine Zusicherung anzusehen, die nur in der Form stattgefunden hat, daß der Verkäufer bei den Verhandlungen, die zum Kaufabschluß führten, z. B. auch in öffentlichen Ankündigungen, im Anschluß an welche der Kauf abgeschlossen wurde, dem Käufer gewisse Eigenschaften der Sache so beschrieb, daß Käufer Grund hatte, hierauf zu bauen (Dernburg [3] 2 § 184 III; dagegen OLG. Frankfurt 28 I 04 OLGRspr. 9 2). Im Zweifel wird nach Treu und Glauben (BGB. § 157) in jedem Nachrühmen bei derartiger Gelegenheit auch eine Erklärung des Einstehens für das Nachgerühmte zu finden sein (ROH. 4 161; dagegen Eccius in GruchotsBeitr. 43 309).

Bei Kauf nach Probe oder Muster gelten die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert (BGB. § 494; über Ausfallproben vgl. unten Anm. IX c 4). Und zwar im Zweifel alle Eigenschaften, außer denjenigen, die seitens der Parteien als gleichgültig angesehen wurden oder nach Verkehrssitte so anzusehen waren (RG. 47 135). Anders jedoch, wenn nur betreffs einzelner Eigenschaften auf die Probe Bezug genommen ist (ROH. 14 290). Ferner ist Auslegungsfrage, ob, wenn nur „unter Zugrundlegung" eines Musters verkauft ist, die Eigenschaften dieses Musters zugesichert werden oder nur einen Anhalt für die Erzielung einer Willensübereinstimmung betreffs der zu bestellenden Warenart bieten sollten (RG. 8 IV 02 JW. Beil. 230 [96]). Die ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften sind selbst dann zu gewähren, wenn Käufer in der Lage gewesen wäre, sich aus der vorgelegten Probe davon zu überzeugen, daß diese jene Eigenschaften nicht hatte (RG. 5 XII 00 JW. 01 40 [17]).

Möglicher Inhalt. Aus dem Begriff der Zusicherung ergibt sich nicht, daß sie auf die Zukunft gerichtet sein müsse (vgl. auch unten zu β); sie kann vielmehr auch auf die Gegenwart oder auf die Vergangenheit gestellt werden (RG. 52 2). Eine Zusicherung ist daher z. B. auch die Angabe über den bisherigen Reinverdienst aus einer Sache oder einem Gewerbe (RG. 13 III 06 JW. 306 [11]). Der bisherige Durchschnittsertrag gilt nicht als zugesichert, wenn der Verkäufer die Einschränkung hinzugefügt hatte, daß in den letzten Monaten das Geschäft schlechter gegangen sei; denn dadurch brachte er zum Ausdruck, daß schon zur Zeit des Verkaufs die früheren Verhältnisse nicht mehr unverändert waren, auf ihr Fortwirken daher nicht sicher gerechnet werden konnte (RG. 10 V 05 JW. 389 [7]). In dem Verkauf von „Sommerweizen", wenngleich mit dem Zusatz des Namens des Züchters, liegt die Zusicherung der gewöhnlichen Eigenschaften von Sommerweizen hinsichtlich Aussaats- und Wachstumszeit (RG. 27 III 03 JW. Beil. 69 [158], OLG. Rostock 16 III 03 OLGRspr. 8 67; dagegen OLG. Posen 26 XI 03 OLGRspr. 8 68); wird statt verkauften Sommerweizens Winterweizen geliefert, so liegt indessen nicht nur Lieferung einer mangelhaften, sondern einer anderen als der verkauften Ware vor (§ 378 Anm. II c 1). Auch die Abwesenheit eines ohnedies nach dem Gesetz zu berücksichtigenden Fehlers (oben zu 1) kann zugesichert werden (RG. 16 V 02 JW. Beil. 239 [121]; dagegen Str. 4 16); zeigt die Sache dann dennoch jenen Fehler, so treten die strengeren Folgen des Mangels einer zugesicherten Eigenschaft ein (Planck [3] § 459 Anm. 2a, CosackBR. § 128 I 1, Staub Anm. 32).

Die Zusicherung muß ernstlich sein (BGB. § 118). Allgemeine Anpreisungen, auf die im Verkehr nicht Gewicht gelegt zu werden pflegt, werden in der Regel nicht als ernstgemeinte Zusicherungen anzusehen sein (RG. 17 VI 96 JW. 402 [28]), wenn sie dem Käufer als solche erkennbar sind (RG. 52 3). Eine solche allgemeine Anpreisung liegt z. B. in einer Äußerung, das Pferd sei gesund und fehlerfrei (LG. I

Berlin 11 II 01 KGBl. 82) oder in Zusage einer tadellosen Durchführung der Arbeit bei Verwendung bester Stoffe (RG. 24 VI 86 JW. 280[44]).

Haftung unabhängig von Verschulden. Der Verkäufer haftet für den Inhalt der Zusicherung auch, wenn er — schuldhaft oder schuldlos — die Unrichtigkeit des Zugesicherten nicht kannte (RG. 29 IX 05 JW. 639[3]).

Zusicherung des Vertreters oder eines Dritten. Unter welchen Umständen für Zusicherungen gehaftet wird, die ein Vertreter nicht als vertragsmäßige (Willenserklärung), sondern nur bei Gelegenheit des Vertragsschlusses (Wissenserklärung) abgibt, vgl. § 86 Anm. II b 3, RG. 61 209. — Die Zusicherung eines Dritten kann im Fall arglistiger Täuschung einen Schadensersatzanspruch gegen diesen begründen. Die Höhe des Schadens kann gegenüber dem Dritten nicht ohne weiteres nach den Grundsätzen über Minderung berechnet werden (RG. 61 252). Auch kann unter Umständen, wenn der Käufer trotz inzwischen erlangter Kenntnis von der Unrichtigkeit der bei dem früheren Kaufvertrag erfolgten Zusicherung die Auflassung entgegengenommen hat, die Frage in Betracht kommen, ob hierdurch der Käufer selbst den Schaden verursacht hat (RG. 61 253).

β. Eigenschaft. Für den Fall der Zusicherung ist unerheblich, ob die fragliche Eigenschaft den Verkaufswert oder die Brauchbarkeit erheblich oder überhaupt erhöht (RG. 47 135); es kommt nur auf die Tatsache der Zusicherung an. Unter den Begriff der Eigenschaft fällt zwar nicht der Wert einer Sache, z. B. nicht der Kurs eines verbrieften Rechts (RG. 18 IV 06 JW. 378[5]), fallen aber die wertbildenden Verhältnisse (RG. 61 86). Nicht nur die natürlichen, der Sache bleibend innewohnenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächliche und rechtliche, sei es in der Gegenwart, sei es in der Vergangenheit liegende, in den Beziehungen der Sache zu anderen Sachen oder zu Personen wurzelnde Verhältnisse, die zufolge ihrer Beschaffenheit und der vorausgesetzten Dauer nach der Verkehrsanschauung einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache in allen oder doch in gewissen Rechtsverhältnissen zu üben pflegen (RG. 61 86); so z. B. der frühere Ertrag und die Ertragsfähigkeit des Kaufgegenstands (RG. 52 2, 59 243, RG. 19 IX 02 JW. Beil. 271[207], OLG. Kiel 29 VI 03 OLGRspr. 8 66; dagegen OLG. Dresden 30 I 03 OLGRspr. 8 66), die gute Zugänglichkeit eines Hauses, die Aussicht, ein dingliches Recht, die Bebauung benachbarter Grundstücke zu verbieten (RG. 61 86), die Steuerverhältnisse eines Hauses (RG. 5 XII 84 SeuffA. 40 156). Nicht aber die nur für die Zukunft, ohne entsprechende Beschaffenheit in Vergangenheit oder Gegenwart, erhofften Verhältnisse (RG. 52 431). — Unter den Begriff der Eigenschaft fällt in der Regel auch der etwa vereinbarte Ursprungsort der Ware. Ob eine solche Vereinbarung in der Klausel „Verschiffung von Japan" liegt, vgl. § 346 Anm. III b. Wer bei Zusicherung bestimmter Herkunft der Ware diese Herkunft, falls sie streitig wird, zu beweisen hat, vgl. Anhang zu § 377 Anm. XII b 2. Keine Eigenschaft dagegen ist der zugesagte Zeitpunkt der Verschiffung einer schwimmenden Ware (dagegen Düringer-Hachenburg 3 131), außer wenn der Zustand der betreffenden Warengattung durch den Zeitpunkt der Verschiffung beeinflußt zu werden pflegt. Auch nicht die Erwartung demnächstiger Einführung verkaufter Wertpapiere an der Börse (vgl. OLG. Dresden 12 XII 02 OLGRspr. 6 219).

γ. Herzustellende Eigenschaft. Die Zusicherung einer erst herzustellenden Eigenschaft hat, wenn demnächst die Eigenschaft fehlt, nach BGB. nicht immer dieselben Folgen, die das BGB. mit dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft in dem von ihm in erster Reihe berücksichtigten Regelfall der Zusicherung des bei Kaufabschluß Vorhandenseins verbindet (Planck[3] § 460 Anm. 2; so wenigstens bei Sonderkauf, vgl. Anhang zu § 377 Anm. III d 1). Zweifelhaft kann sein, ob nicht dennoch in manchen Beziehungen auch das Fehlen einer als erst künftig vorhanden zugesicherten Eigenschaft unter den Begriff eines Mangels im Sinn des BGB. fällt (dagegen Eccius in GruchotsBeitr. 48 310, vgl. auch oben zu β; indessen ist auch nach BGB. „Kauf" einer erst vom Verkäufer künftig zu beschaffenden Sache möglich, und bei Zu-

sicherung braucht Verkäufer nicht zu erklären, ob er die Sache bereits besitzt oder erst herstellen lassen will; vgl. auch BGB. § 480 Abs. 2, BGB. § 651 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1). Jedenfalls wird im Sinn des HGB. § 377 auch das Fehlen einer als herzustellen zugesicherten Eigenschaft als „Mangel“ zu erachten sein; dies folgt schon daraus, daß § 377 als anwendbar auf bestimmte Fälle von Werkvertrag über nicht vertretbare Sachen erklärt ist (§ 381 Abs. 2).

δ. Zusichernde Mittelsperson. Inwieweit der Verkäufer Erklärungen, die seitens einer Mittelsperson abgegeben werden, gegen sich gelten lassen muß, vgl. § 86 Anm. II b 3, RG. **60** 188, **61** 209. Weist der Verkäufer einer anderen Person (Angestelltem oder selbständigem Mittelsmann) die Stellung zu, daß dieser andere die Verkaufsverhandlungen völlig selbständig nach eigenem Ermessen zu führen und der Verkäufer in Person nur die so vorbereiteten Verträge zum förmlichen Abschluß zu bringen hat, so ist dies dahin auszulegen, daß hierdurch der Verkäufer die Haftung für das Verhalten der Mittelsperson gelegentlich der Kaufverhandlungen, insbesondere bezüglich etwaiger Erklärungen oder Verschweigungen über Mängel, in der Weise vertraglich übernimmt, daß das Verhalten der Mittelsperson wie sein eigenes gilt (vgl. RG. 11 IV 06 JW. 353[13]).

c. **Kein „Mangel“ liegt in nachstehenden Tatbeständen als solchen**; doch sind einige derselben mit gleichzeitigem Vorliegen eines Mangels vereinbar, wie nachstehend im einzelnen vermerkt.

1. Vorhandensein eines **Rechts**mangels.

Ein „Mangel im Recht“ (BGB. §§ 434 ff.) ist kein „Mangel“ im Sinn der §§ 459 ff. BGB. (vgl. Überschrift vor § 459 BGB., RG. 11 VI 04 JW. 403[8]) und auch nicht im Sinn des HGB. § 377 (D. 227). Bleibt ein Rechtsmangel bestehen, so kommen vielmehr die Vorschriften über Teilverzug des Verkäufers zur Anwendung (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XIV).

In manchen Fällen kann zweifelhaft sein, ob der betreffende Mangel als Sachmangel oder als Rechtsmangel bezeichnet werden muß:

A. **Wertpapier-Kauf.**

α. Sachmangel. Ein Sachmangel wird z. B. darin zu finden sein, daß die gelieferten Papiere so zerrissen oder beschmutzt sind, daß ein Umtausch in ordnungsmäßige Stücke verlangt werden kann (vgl. BGB. § 798, HGB. § 229), oder daß sie aus diesem oder einem anderen in der äußeren Beschaffenheit des Stücks Papier gelegenen Grund gemäß dem betreffenden Börsengebrauch nicht „lieferbar“ sind (RG. **4** 196, Lehmann ZHR. **51** 387), oder daß sie aus anderem Grund (nach früherem Recht z. B. wegen erfolgter Außerkurssetzung) zwar nicht an inländischen, indessen an leicht zugänglichen ausländischen Börsen, wo sie gleichfalls Kurs haben, verkäuflich sind (Bolze **11** Nr. 411). Ein Sachmangel wird wohl ferner (wegen der nach Verkehrsanschauung vorhandenen Unteilbarkeit; vgl. unten zu 3) dann als vorliegend zu erachten sein, wenn einzelne der zu gelieferten Wertpapieren gehörigen Nebenscheine (Zinsschein, Gewinnanteilschein, Erneuerungsschein, Wechselprotest) fehlen (vgl. ROH. 1 166; ebenso Düringer-Hachenburg § 381 Anm. III 5 b; dagegen Lehmann ZHR. **51** 387). Ebenso, wenn die „Nichtlieferbarkeit nach Börsengebrauch“ zwar nicht auf einem in der äußeren Beschaffenheit des Stücks Papier, aber auf einem sonstigen, das Recht gegenüber dem Schuldner nicht beeinträchtigenden Mangel beruht, wie z. B. (vgl. RG. **50** 170), falls an der betreffenden Börse Papiere der gelieferten Gattung nur, wenn das einzelne Papier über einen geringeren Betrag lautet, „lieferbar“ sind. Auch, wenn der erforderliche Urkundenstempel fehlt (Düringer-Hachenburg § 381 Anm. III 5 c), jedoch nur in den Fällen, in denen die mangelnde Stempelung lediglich Strafe und Nichtlieferbarkeit herbeiführt, nicht auch — wie z. B. bei nichtgestempelten ausländischen Inhaberprämienpapieren (hierüber unten zu β) —, wenn weitergehend ein öffentlich-rechtliches Umlaufsverbot bezüglich derartiger nichtgestempelter Papiere besteht.

β. Rechtsmangel. Kein Sachmangel, sondern ein Rechtsmangel liegt vor, wenn die dem Papier anhaftenden Mängel derartig sind, daß trotz Übergabe des Papiers das

angeblich durch das Papier verbriefte Recht entweder überhaupt nicht übergeht, oder doch seine Ausübung rechtlichen Beschränkungen unterliegt (vgl. BGB. § 437, RG. 10 170) oder nicht so durch Pfandrecht sichergestellt ist wie bei Übertragung zugesichert wurde (RG. 56 255). So bei Papieren, bezüglich deren ein öffentlich-rechtliches Umlaufsverbot besteht (dagegen RG. 4 196, hierin Lieferung einer Sache anderer Gattung erblickend), z. B. ungenehmigten bzw. ungestempelten Inhaberprämienpapieren (abweichend einerseits ROH. 20 420, 423: Lieferung anderer Sache, andererseits Düringer-Hachenburg § 381 Anm. III 5c: Sachmangel) oder nicht zum Börsenhandel zugelassenen, aber als zugelassen verkauften Papieren (dahingestellt OLG. Dresden 12 XII 02 OLGRspr. 6 218) oder vor Eintragung der AG. ausgegebenen Aktien (§ 209 Abs. 2, Düringer-Hachenburg 3 37) oder an eigene Order gestellten eigenen Wechseln (ROH. 7 196, 16 149, RG. 47 156). Ebenso bei Papieren, die zum Zweck der Kraftloserklärung aufgeboten sind (BGB. § 437 Abs. 2, D. 227, Planck[3] § 437 Anm. 2, Staub Anm. 36, Düringer-Hachenburg 3 39; abweichend ROH. 11 47, RG. 4 196), oder die für kraftlos erklärt sind (Düringer-Hachenburg 3 38), oder wenn die verbriefte Forderung verjährt ist (Düringer-Hachenburg 3 38), bei Kuxen, auf denen eine rückständige Zubuße lastet (RG. 54 353), bei Aktien, die nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragbar sind, wenn die Zustimmung nicht beschafft wird (unter Umständen liegt jedoch nur ein durch die Zustimmung bedingter Kauf vor; Düringer-Hachenburg 3 119), bei Aktien einer nichtigen AG. (Düringer-Hachenburg 3 120), bei Begebungspapieren, die ohne Begebung in Verkehr gelangt sind, z. B. gestohlenen Blankoakzepten; auch bei ohne Willen des Vorstands der Aktiengesellschaft in Verkehr gelangten Inhaberaktien (dagegen ROH. 14 370, das allgemein Lieferung eines anderen als des bestellten Gegenstands annimmt), falls im Einzelfall (vgl. zu BGB. § 794 hinter HGB. § 230) überhaupt jener Umstand eine Beeinträchtigung des durch die Aktien verbrieften Anteilrechts zur Folge hat. Auch bei ausgelosten oder gekündigten Papieren (ebenso Düringer-Hachenburg 3 41, 121; abweichend D. 227, die in diesem Fall in der Regel Lieferung einer offensichtlich erheblich von der Bestellung abweichenden anderen Sache annimmt, und RG. 1 292); eine zwar — wie beiden Parteien bei Kaufabschluß bekannt — bereits erfolgte Auslosung, deren Ergebnis aber für beide damals nicht ermittelbar war, steht nach Parteiwillen im Zweifel einer erst künftigen gleich (ROH. 20 392). Das Gleiche muß aber auch bei Inhaberpapieren gelten, die als verloren bekannt gemacht sind, wenn (§ 367 Anm. Va) der Verkäufer Nichtberechtigter ist (ebenso RG. 30 160; dagegen Staub Anm. 36, der einen Sachmangel als vorliegend erachtet); denn auch hier unterliegt der Rechtserwerb einer rechtlichen Beschränkung. Ebenso auch bei Aktien, deren Nennbetrag noch nicht gemäß der erfolgten Herabsetzung des Grundkapitals geändert worden ist (Düringer-Hachenburg 3 38). Jedenfalls ist ein Wertpapier, das wegen eines Mangels „nicht lieferbar" ist, nicht schon aus diesem Grund eine Sache von anderer als der gekauften Gattung (RG. 30 159, RG. 15/23 V 01 JW. 519[10] HoldheimsMSchr. 01 221, Bolze 11 Nr. 411; dagegen RG. 4 196). Auch, wenn bestimmte Eigenschaften (oben Anm. IVb 2 β) des verbrieften Rechts zugesichert, aber nicht vorhanden sind, liegt ein Rechtsmangel, kein Sachmangel vor; nur kann dann in Frage kommen, ob (was wohl anzunehmen sein wird) in BGB. §§ 437, 438 eine ausschließliche Regelung dieses Falls enthalten ist (so wohl auch RG. 56 255, 59 241, RG. 31 V 05 JW. 502[35]) oder ob (wozu RG. 13 III 06 JW. 306[11] neigt) daneben BGB. §§ 469 Abs. 2, 463, 477 zu entsprechender Anwendung kommen.

γ. Tatsächliche Erschwerung der Rechtsausübung. Etwa vorhandene tatsächliche Erschwerungen der Rechtsausübung sind gleichfalls nicht als Sachmängel des Wertpapiers zu erachten. So z. B. nicht die ungerechtfertigte Nichtanerkennung der verkauften Aktien durch die Aktiengesellschaft (dagegen Staub Anm. 36). Zweifelhaft kann sein, ob hierin ein Rechtsmangel liegt (vgl. RG. 40 151). Aber auch dies ist wohl zu verneinen (abw. Düringer-Hachenburg 3 41). Vielmehr ist — abgesehen vom Fall einer ausdrücklichen Zusicherung (Bolze 17 Nr. 316, OLG. Dresden 12 XII 02

OLGRspr. 6 219) oder eines Gewährvertrags — nur im Fall schuldhaften Verschweigens einer dem Verkäufer bekannten oder doch erkennbaren und nur durch Fahrlässigkeit nicht bekannt gewordenen derartigen tatsächlichen Erschwerung ein Schadensersatzanspruch zuzubilligen; so z. B., wenn der Verkäufer Bankier war und eine im Reichsanzeiger erschienene Verlustbekanntmachung schuldhaft nicht beachtet hat (Bolze 17 Nr. 469). Der Fall liegt nicht anders als bei Verkauf einer Sache, bezüglich deren ein Dritter, indem er lügnerisch behauptet, sie verloren zu haben, ungerechtfertigte Eigentumsansprüche erhebt. So insbesondere auch, wenn ein Berechtigter ein Wertpapier verkauft und geliefert hat, hinsichtlich dessen ein Dritter ganz ungerechtfertigt oder doch in einer dem Rechtserwerb des Käufers nicht entgegenstehenden Weise eine Verlustbekanntmachung erlassen hat; selbst dann, wenn bereits die Verlustbekanntmachung als solche, ohne Rücksicht auf ihre sachliche Berechtigung, die Umlaufsfähigkeit des Papiers beeinträchtigt (dagegen ROH. 16 23, RG. 15/23 V 01 JW. 520[10] HoldheimsMSchr. 10 221; gegen das Urteil des Reichsgerichts Lehmann in ZHR. 51 388 Anm. 49). Ebenso (dagegen für Inhaberpapiere Neukamp in HoldheimsMSchr. 05 1 ff.) bei Verkauf eines Papiers, das zu 5% Vorzugsgewinnanteil berechtigt, wenn nach Lage des Unternehmens ein Gewinnanteil von 5% auf absehbare Zeit nicht in Aussicht steht (RG. 31 V 05 JW. 503[35]) oder bei Verkauf von Aktien eines Bergwerksunternehmens, wenn die Erze schlecht, die Grubenfelder wenig ergiebig sind (RG. 59 241 gegen ROH. 18 180). — Ob in Zusicherung demnächstiger Einführung verkaufter Wertpapiere an der Börse die Zusicherung einer „Eigenschaft" und mithin in der demnächstigen Nichteinführung ein Sachmangel liegt, vgl. oben Anm. IV b 2 β.

δ. Lieferung eines anderen als des gekauften Gegenstands. Wird statt einer gekauften Aktie eine Schuldverschreibung oder ein Genußschein geliefert, so liegt Lieferung eines anderen als des gekauften Gegenstands vor (Lehmann ZHR. 51 381). Ebenso, wenn statt einer gekauften Ungarischen Goldrente von 1000 Gulden eine solche von 100 Gulden (Bolze 11 Nr. 393) oder wenn ein gefälschtes Papier statt eines echten (RG. 22 V 95 GruchotsBeitr. 39 1108; abw. nehmen Düringer-Hachenburg 3 37 Rechtsmangel an) geliefert wird.

B. **Waren-Kauf.** Bei Waren, die zur Veräußerung bestimmt sind, ist als Rechtsmangel, nicht als Sachmangel (dagegen Staub Anm. 36), der Umstand zu erachten, daß sie infolge des Patents eines Dritten nicht veräußerungsfähig sind, denn hierin liegt kein in körperlichem Zusammenhang mit der Sache stehender Mangel, sondern eine Beschränkung der aus dem Eigentumsrecht sich ergebenden Folgerungen. Dasselbe muß auch von dem umgekehrten Fall gelten, daß die verkaufte Ware trotz Zusicherung nicht patentiert ist (dagegen Staub aaO.); nicht verschafft wird hier das mitverkaufte Recht, die Herstellung und Vertreibung gleicher Waren durch einen unbeschränkten Kreis dritter Personen zu verhindern.

2. Beanspruchung eines höheren als des vertragsmäßigen Preises.

In keinem der hier in Betracht kommenden Fälle kommt § 377 zur Anwendung, denn ein höherer Preis ist kein Sachmangel; eine etwa erfolgende Bemängelung des höheren Preises ersetzt daher auch nicht eine etwa außerdem gemäß § 377 erforderliche Anzeige eines Sachmangels (ROH. 2 382, 6 166).

Macht der Verkäufer die Übergabe der Ware von Zubilligung eines höheren als des vertragsmäßigen Preises abhängig, und weist der Käufer die Zumutung zurück, so ist die Leistung des Verkäufers als unterblieben anzusehen, da er nicht so angeboten hat, wie er anzubieten schuldig war; der Verkäufer wird daher unter Umständen hierdurch in Leistungsverzug kommen (Bolze 3 Nr. 714, vgl. auch Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I f). Nimmt aber der Käufer die so bedingt angebotene Ware an, so liegt hierin auch die Erklärung seines Einverständnisses mit der vom Verkäufer beanspruchten Vertragsänderung.

Fordert dagegen zwar der Verkäufer gleichzeitig mit der Lieferung einen höheren als den vertragsmäßigen Preis, macht er aber die Übergabe der Ware nicht von vorheriger Zubilligung des höheren Preises abhängig, so kann Käufer die Ware annehmen, ohne hier-

durch auch an Zubilligung des höheren Preises gebunden zu werden (ROH. 2 382, 6 166, Bolze 3 Nr. 714). Der Käufer braucht die Ablehnung des höheren Preises nur dann sofort im Anschluß an die Annahme der Ware zu erklären, wenn nach den Umständen des Falls sein Stillschweigen als Zustimmung zur Vertragsänderung gedeutet werden müßte (vgl. § 346 Anm. III a 4; ebenso ROH. 1 149, Staub Anm. 10).

Solange nicht deutlich erkennbar ist, daß Verkäufer die Ware unbedingt durch die geforderte Preiserhöhung übergeben will, ist dem Käufer das obige Zurückweisungsrecht zuzugestehen (etwas abweichend Staub aaO.), denn dann hat der Verkäufer nicht so angeboten, wie er nach dem Vertrag anzubieten verpflichtet war, und dem Käufer kann nicht zugemutet werden, daß er die Gefahr der zweifelhaften Auslegung einer undeutlichen Erklärung des Gegners übernimmt (vgl. Bolze 5 Nr. 647). Ist aber die Erklärung, daß der Verkäufer die Ware unbedingt übergeben will, deutlich, so ist Käufer verpflichtet, die Ware abzunehmen; darüber, welcher Preis der vertragsmäßige, ist dann in besonderem Verfahren zu streiten (Bolze 3 Nr. 714, RG. 21 III 94 HoldheimsMSchr. 327; dagegen Bolze 5 Nr. 647).

3. Unterbleiben der Leistung eines Mengeteils.

In solchem Fall kommen die im BGB. enthaltenen Regeln über Unterbleiben einer Teilleistung (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 367 Anm. XIII ff.) zur Anwendung, nicht die davon verschiedenen Regeln des BGB. über Vorhandensein eines Sachmangels (vgl. auch § 378 Anm. V c). Daher ist auch § 377 nur soweit anwendbar wie § 378 ihn als auf dergleichen Fälle anwendbar erklärt, dann nämlich, wenn zwar weniger als bedungen geliefert ist, die gelieferte Menge aber von der bedungenen nicht offensichtlich so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte.

Das Unterbleiben der Leistung eines Mengeteils liegt aber nur dann vor, wenn aus einem nach der Verkehrsanschauung teilbaren Ganzen ein Teil nicht geleistet ist; so z. B. wenn 3 Dtzd. Büchsen mit je 1 Dtzd. Stück Sardinen Inhalt bestellt sind und nur 30 Büchsen mit je 1 Dtzd. Stück Sardinen geliefert werden. Wird dagegen von einem nach der Verkehrsanschauung unteilbaren Ganzen ein Teil nicht geleistet, so kann je nach den Umständen (wobei namentlich die größere oder geringere Erheblichkeit der Abweichung in Betracht kommen wird) hierin die Lieferung einer anderen als der bestellten Ware (hierüber unten zu 5) oder die Lieferung der bestellten aber mit einem Sachmangel behafteten Ware (dann ist § 377 unmittelbar anwendbar) liegen. Nichtlieferung eines Mengeteils bei unteilbarem Ganzen liegt vor z. B., wenn im obigen Beispiel 3 Dtzd. Büchsen mit je 11 Stück Sardinen Inhalt geliefert werden. Andere Beispiele sind (vgl. Staub Anm. 6): Bestellung von Papier bestimmter Länge zum Tapetendruck und Lieferung von Papier geringerer Länge (ROH. 15 303), Lieferung von Garn mit geringerer als der handelsgebräuchlichen Fadenlänge (ROH. 15 412), von aufgerollten und etikettierten Sammetbändern mit geringerem als dem auf dem Etikett angegebenen Maß (Bolze 4 Nr. 724), von Brettern mit geringerer als der bedungenen Dicke, von Tuchen mit nicht genügender Breite, von Schlachtvieh mit zu geringem Gewicht (OLG. Hamburg 20 I 88 ZHR. 38 212). Teilbar ist dasjenige Ganze, dessen Sachteil einen denselben Bruchteil des Ganzwerts darstellenden Teilwert behält; es ist unteilbar, wenn der Teilwert ein geringerer Bruchteil des Ganzwerts ist, als der Sachteil Bruchteil des Ganzen (Dernburg[3] 2 § 47 II, Planck[3] § 420 Anm. 2, Staub Anm. 6).

4. Zuviellieferung.

Wird mehr geliefert als gekauft ist, so würde an sich § 377 weder bezüglich der Mehrlieferung als solcher noch bezüglich etwaiger dem Mehrgelieferten anhaftender Sachmängel zur Anwendung kommen; ersteres nicht, da Mehrlieferung kein Sachmangel ist, und letzteres nicht, da insoweit die Voraussetzung eines erfolgten Kaufs fehlt (oben Anm. II b).

Bezüglich der Mehrlieferung als solcher besteht indessen die Anzeigepflicht des § 377 dennoch, wenn der Fall des § 378 gegeben ist, dann nämlich, wenn zwar mehr als bedungen geliefert ist, die gelieferte Menge aber von der bedungenen nicht offensichtlich so

erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte.

Bezüglich etwaiger Sachmängel des Mehrgelieferten besteht die Anzeigepflicht dann, wenn entweder trotz Vorliegens des eben erörterten Falls des § 378 die Rüge der Mehrlieferung unterblieben ist (denn dann gilt die Mehrlieferung als genehmigt, § 377 Abs. 2, 3, und mithin das Mehrgelieferte als mitverkauft), oder wenn in anderer Weise (z. B. durch längeres Stillschweigen, § 346 Anm. IIIa 4, 5) nachträglich auch bezüglich des Mehrgelieferten ein Kauf zustande kommt. Über die Frage, wann diese Untersuchungs- und Anzeigepflicht beginnt, vgl. unten Anm. V a 2.

Beanstandet der Empfänger die Mehrlieferung als solche, so ist zu unterscheiden, ob die Lieferung teilbar ist oder nicht.

Teilbarkeit liegt vor, wenn bei Vornahme der Trennung des Bestellten vom Mehrgelieferten jedes von beiden in einem dem Verhältnis der Teilmenge zur Gesamtmenge entsprechenden Wertverhältnis zum Gesamtwert bleibt (vgl. oben zu 3). Hierbei ist zu beachten, daß der Wert des bestellten Teils für den Käufer dadurch eine Herabminderung erfahren kann, daß die Trennung selbst eine erhebliche Aufwendung von Geld oder Arbeitskraft erfordert (ROH. 18 242, RG. 23 128, RG. 27 XI 80 ZHR. 26 572, Bolze 2 Nr. 980, 5 Nr. 662, OLG. Stettin 25 IV 01 OLGRspr. 2 477), oder dadurch, daß die Trennung nicht ohne Beseitigung der Verpackung möglich ist, hierdurch aber die Ware inbezug auf die im Verkehr geforderten äußeren Eigenschaften wesentlich verändert (vgl. RG. 47 144) oder durch die zur Ausscheidung der mangelhaften Stücke erforderliche Bearbeitung im Wert vermindert würde (Bolze 13 Nr. 429); in solchen Fällen ist die gelieferte Ware in wirtschaftlichem Sinn unteilbar.

Liegt hiernach Teilbarkeit vor, so kann der Empfänger die Mehrlieferung ausscheiden und zurückweisen (§ 378 Anm. Vb) und hat bezüglich des bestellten und behaltenen Restes schon von der Ablieferung des Ganzen an die Untersuchungs- und Anzeigepflicht des § 377 wegen etwaiger Sachmängel dieses Restes.

Liegt Unteilbarkeit vor, so kann in der Gesamtlieferung je nach den Umständen (wobei, wie im entsprechenden Fall zu 3, namentlich die größere oder geringere Erheblichkeit der Abweichung in Betracht kommen wird) die Lieferung einer anderen als der bestellten Ware (hierüber unten zu 5) oder die Lieferung der bestellten aber mit einem Sachmangel behafteten Ware liegen. In letzterem Fall ist § 377 unmittelbar anwendbar auf die Pflicht zur Anzeige des in dieser Mehrleistung liegenden Sachmangels der Gesamtlieferung; diese Anzeige ist aber als gedeckt anzusehen durch eine etwa gemäß § 378 erfolgte Beanstandung der Mehrlieferung als solcher. Fordert, wie es in der Regel der Fall sein wird, Verkäufer in Zusammenhang mit der unteilbaren Zuviellieferung einen höheren als den bedungenen Gesamtpreis, so kommen ferner die oben zu 2 erörterten Regeln zur Anwendung.

Bietet der Verkäufer von vornherein ein Zuviel nur unter der Bedingung der Nichtteilung an, und geht Käufer hierauf nicht ein, so ist die geschuldete Leistung des Verkäufers als unterblieben anzusehen.

5. Lieferung einer anderen als der gekauften Sache. Vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IId 1, § 378 Anm. Va. Die Untersuchungs- und Anzeigepflicht des § 377 kommt nur in denjenigen hierunter zu zählenden Fällen zur Anwendung, auf die er durch § 278 für anwendbar erklärt ist, nur dann also, wenn die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte.

6. Sonstige Vertragswidrigkeiten, außer wenn der vertragswidrige Teil des Gegenstands körperlich mit der Ware zusammenhängt und entweder ein Fehler ist (oben b 1) oder einer zugesicherten Eigenschaft entgegensteht.

Abgesehen von der eben erwähnten Ausnahme, bei deren Vorliegen ein Sachmangel gegeben ist, kommt bei derartigen Vertragswidrigkeiten § 377 nicht zur Anwendung. So z. B. nicht, wenn die Vertragswidrigkeit darin besteht, daß zu früh geliefert ist (dagegen

ROH. 5 262). Ebenso nicht, wenn sie darin besteht, daß zu spät geliefert ist (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VIb 1). In vielen der hier in Betracht kommenden Fälle wird teilweises Unterbleiben der Leistung (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IIc, XIV) als vorliegend zu erachten sein, und verschiedene Folgen ergeben sich, je nachdem, ob die Restleistung nunmehr unmöglich ist, oder ob sie verspätet nachgeholt wird, oder ob Verkäufer bezüglich derselben in Verzug kommt; der § 378 kann in solchen Fällen nicht zur Anwendung kommen, da er voraussetzt, daß die Leistung eines Mengeteils unterblieben ist, hier aber das Unterbleiben eines andersartigen Teils der Leistung in Frage steht.

Nicht als Sachmangel, vielmehr als andersartige Vertragswidrigkeit, wurde erachtet: teilweiser Bruch der Ware infolge mangelhafter Verpackung, wenn die Verpackung nicht bestimmt war, an der Ware beim Weiterverkauf zu bleiben (Bolze 21 Nr. 482), Nichtübersendung der vertraglichen Bescheinigung eines Maklers über den Zustand der Ware bei überseeischer Abladung (Bolze 4 Nr. 714), Übersendung mit Begleitschein II statt, wie bedungen, mit Begleitschein I, welch letztere Übersendungsart dem Käufer gestattet hätte, die Ware unverzollt in sein Transitlager zu nehmen (Bolze 19 Nr. 574), vertragswidrige Beschwerung der Ware mit einer öffentlich-rechtlichen Last (Bolze 8 Nr. 499, 19 Nr. 574; vgl. oben zu 2).

Steht jedoch der vertragswidrige Gegenstand in körperlichem Zusammenhang mit der Ware — wie z. B. Verpackung oder Etiketts, die an der Ware beim Weiterverkauf zu bleiben bestimmt sind, mithin nicht nur zum Schutz gegen Beschädigung während der Beförderung oder zur Bequemlichkeit des Käufers dienen, sondern mehrere Einzelgegenstände zu einer Einheit zusammenfassen sollen — so kann die Vertragswidrigkeit unter Umständen einen Sachmangel der Ware enthalten, weil deren Verkaufswert beeinträchtigend (oben Anm. IVb 1). So z. B., wenn die Verpackung zur Erhaltung der Ware auch nach vollendeter Versendung zu dienen bestimmt ist (RG. 59 123, OLG. Hamburg 11 XII 03 OLGRspr. 8 98). So ferner in nachstehenden Beispielen (Staub Anm. 9): Bestellung einer Anzahl Kisten mit je 100 Schieferstiften, Lieferung der Ware mit zu solcher Einteilung nicht geeigneten Kisten (ROH. 11 106), Lieferung etikettierten, aufgerollten, nicht ohne Beschädigung der Ware und Verpackung nachmeßbaren Sammetbands mit falscher Maßangabe auf den Etiketts (Bolze 4 Nr. 724), Lieferung von Büchsenhopfen in nicht ordnungsmäßig gedichteten Büchsen (Bolze 8 Nr. 500), von Schmalz in zu schweren Fässern, wodurch die Verkäuflichkeit beeinträchtigt wird (Bolze 12 Nr. 457), von Zigarren in Papier statt in Erlen- oder Zedernverpackung (Bolze 14 Nr. 425). — Ein Mangel der Verpackung ist, falls die Verpackung für sich allein wertlos, nicht schon darum Mangel der Sache, weil die Verpackung mitverkauft ist (RG. 59 123).

7. Unterbleiben der ganzen Leistung. In diesem Fall ist § 377 nicht anwendbar, da er Ablieferung voraussetzt; mithin auch dann nicht, wenn das Unterbleiben auf einer (selbst unberechtigten) Annahmeweigerung des Käufers beruht (oben Anm. IIIa 2). Über die Frage, ob trotz Unterbleibens der Leistung unter Umständen die Gewährleistungsvorschriften des BGB. anwendbar sein können, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IId 2, 3.

V. **Untersuchung.** Über das untergeordnete Verhältnis der Untersuchung zur Mängelanzeige vgl. unten Anm. VIIIa. Über vertragliche Abänderungen der Untersuchungs- und Rügepflicht vgl. unten Anm. IX.

a. **Zeit** der Untersuchung: „Unverzüglich nach der Ablieferung, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang tunlich ist", soll die Untersuchung (vgl. jedoch unten Anm. VIc, VIIIa) vorgenommen werden (§ 377 Abs. 1).

1. Unverzüglich = ohne schuldhaftes Zögern (BGB. § 121). Ist die gelieferte Ware derart, daß ihre Eigenschaften durch die Beförderung verändert werden, so liegt kein schuldhaftes, sondern ein berechtigtes Zögern darin, daß die Untersuchung erst begonnen wird, wenn die Ware den Beharrungszustand wiedererlangt hat, der einen sicheren Schluß auf ihre Eigenschaften zuläßt; so z. B. bei Bier nach einer Seereise (ROH. 15 218). — Die Untersuchung ist ohne schuldhaftes Zögern nicht nur zu beginnen, sondern auch ohne schuldhaftes Zögern fortzusetzen (RG. 47 21).

2. Nach der Ablieferung. Über den Begriff der Ablieferung vgl. oben Anm. III a.

Ist es nicht zur Ablieferung gekommen, so bedarf es keiner Untersuchung und Mängelanzeige. Indem der § 377 den Beginn der Untersuchungspflicht an den Zeitpunkt der Ablieferung anknüpft, setzt er den Regelfall voraus, daß die Ablieferung dem Kaufabschluß nachfolgt.

Aber auch der umgekehrte Fall kann vorkommen: die Ablieferung kann dem Kaufabschluß vorhergehen. Dann in der Regel, wenn Käufer bei Kaufabschluß bereits die verkaufte Sache besaß. So z. B. bei Zusendung unbestellter Sachen, die der Empfänger dann behält. In solchen Fällen ist nicht unverzüglich nach der Ablieferung, sondern unverzüglich nach dem Kaufabschluß zu untersuchen (vgl. RG. 19 99); auch dann, wenn der Zeitpunkt des letzteren kein fest bestimmbarer ist, weil die Annahme des Kaufantrags stillschweigend erklärt ist. Wird eine Ersatzware geliefert, bezüglich deren nach § 378 Untersuchungs- und Anzeigepflicht besteht, so würde man hiernach eigentlich annehmen müssen, daß in dieser Beziehung eine doppelte Untersuchungs- und Anzeigepflicht, jede mit besonderer Frist, besteht, zunächst die Pflicht zu untersuchen, ob die bestellte Menge und die bestellte Warengattung geliefert ist, und wenn nach dieser Richtung keine Beanstandung erfolgt, also nunmehr gemäß § 378 die Ware in Ansehung hierauf bezüglicher Ausstellungen als genehmigt gilt, eine zweite, von der Genehmigung an laufende Frist zur Untersuchung der erst durch diese Genehmigung gekauften Ware auf Sachmängel. Indessen ist dies nicht gewollt, vielmehr § 378 dahin auszulegen, daß in den von § 378 getroffenen Fällen nur eine Frist zur Untersuchung und Anzeige besteht, innerhalb deren alle etwa zulässigen Beanstandungen, sowohl bezüglich Mengeunterschied und Gattungsunterschied, wie auch bezüglich Sachmängel, geltend gemacht werden müssen.

Handelt es sich um einen Vertrag, inhalts dessen der Verkäufer (bezw. Unternehmer, BGB. § 651, HGB. § 381 Abs. 2) verpflichtet ist, noch nach Besitzübertragung eine Herstellungstätigkeit vorzunehmen, so kann die Untersuchungs- und Anzeigepflicht erst mit der Abnahme beginnen (vgl. BGB. § 638 Abs. 1 Satz 2, HGB. § 381 Anm. II); so z. B. bei einer zu liefernden und beim Käufer zusammenzusetzenden Maschine (RG. 5 XII 93 in JW. 94 22[56] und bei Bolze 17 Nr. 470; vgl. auch ROH. 11 100, RG. 31 III 04 JW. 245[20]). Keine Abnahme liegt vor, wenn der Käufer die Annahme als Erfüllung weigert und der Unternehmer sich hierbei beruhigt (Bolze 6 Nr. 563).

Die Untersuchungs- und Anzeigepflicht beginnt mit dem Zeitpunkt der Ablieferung auch dann, wenn diese nicht zur Leistungszeit, sondern früher oder später erfolgt ist (Staub Anm. 18); doch kann unter Umständen in der Duldung vorzeitiger Ablieferung eine vertragliche (unten Anm. IX) Abänderung des § 377 dahin liegen, daß Käufer nicht gehalten sein solle, vor dem Eintritt der Leistungszeit mit der Untersuchung zu beginnen.

Nur diejenige Ablieferung kommt für die Abwicklung des ursprünglichen Kaufs in Betracht, die in Ausführung jenes ursprünglichen Kaufs erfolgt; unerheblich dagegen ist, ob Käufer demnächst die Ware auf Grund eines anderweiten Rechtsgeschäfts, z. B. weil er sie bei einem Selbsthilfeverkauf des Verkäufers ersteigert hat, abgenommen hat (RG. 5 33).

Über den Fall der Ablieferung an einen Dritten gemäß Anweisung des Käufers vgl. unten Anm. V c, IX c 2.

3. Soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang tunlich.

Diese Begrenzung ist maßgebend sowohl um den Zeitpunkt zu bestimmen, wann die Untersuchung begonnen werden, wie auch um den Zeitpunkt zu ermitteln, innerhalb dessen sie durchgeführt werden soll. Die Untersuchung soll mit einer für die Regelfälle genügenden Raschheit erfolgen, ohne daß außergewöhnliche Beschleunigung erforderlich ist (RG. 47 21). Besonders große Schnelligkeit ist geboten, wenn die Ware erheblichen Preisschwankungen unterliegt. In der Regel muß bei der ersten möglichen Gelegenheit untersucht werden (Bolze 16 Nr. 432; dagegen ROH. 2 237). Doch ist dem Käufer nicht zuzumuten, daß er für die Zeit, zu der er Ware zu erwarten hat, die nur durch Gebrauchsprobe untersuchbar ist, seine im gewöhnlichen Geschäftsgang benutzten Geräte freilasse, nur um sofort mit der Untersuchung beginnen zu können (Bolze 15 Nr. 357).

Maßgebend ist der gewöhnliche Geschäftsgang in derartigen Gewerbebetrieben wie demjenigen des Käufers (§ 346 Anm II b 4). So darf z. B. der Käufer geltend machen, daß in derartigen Geschäftsbetrieben in jener Jahreszeit zahlreiche Sendungen auf einmal einzutreffen pflegen, die erst nach und nach durchgesehen werden können (BreslHandelsgebr. 154); ebenso, daß der Betrieb von so unbedeutendem Umfang sei, daß nur der Geschäftsherr persönlich die für die Untersuchung erforderliche Sachkunde besitze, und daß, da er auch andere gewerbliche Tätigkeit auszuüben habe, z. B. von Zeit zu Zeit auf einige Tage verreisen müsse, die Untersuchung sich manchmal einige Tage hinausschiebe (ROH. **11** 307, OLG. Kiel 5 VI 85 ZHR. **36** 257).

Dagegen kann der Käufer sich nicht mit rein persönlichen Behinderungen oder willkürlichen Besonderheiten seines einzelnen Betriebs entschuldigen (RG. **59** 125, RG. 5 XII 05 JW. **06** 91[13], OLG. Kiel 5 VI 85, OLG. Karlsruhe 30 IV 86, OLG. Hamburg 3 X 87 ZHR. **36** 257, 258). So z. B. nicht mit langer Abwesenheit (ROH. **3** 47), Mangel an Lagerräumen (RG. 4 II 93 in JW. 163[24] und bei Bolze **16** Nr. 418) oder an Angestellten (Staub Anm. 19), Tod (Dernburg[3] 2 § 189 IV 8) oder Krankheit, außer wenn die Art seines Gewerbebetriebs die betreffende vorübergehende persönliche Behinderung und gleichzeitig das Nichtvorhandensein eines Ersatzuntersuchers mit sich bringt. Ebensowenig damit, daß nach seiner nur durch Zweckmäßigkeitsrücksichten, nicht auf einem durch die Umstände gebotenen Zwang beruhenden Geschäftsübung die Untersuchung in langsamerer Weise erfolge (RG. 6 VII 99 JW. 576[15]) oder daß wegen eines in seiner Person, nicht in der Warenbeschaffenheit, liegenden Grunds eine zeitraubende Untersuchung durch Sachverständige erforderlich sei (unten zu b 6, RG. **59** 45). — Mit welcher Schnelligkeit die Untersuchung durchführbar ist, wird wesentlich auch durch die Eigenart der betreffenden Ware bedingt; unter Umständen kann ein bloßes Besichtigen genügen, unter Umständen (unten zu b 2) müssen Gebrauchsproben vorgenommen werden, unter Umständen (unten zu b 6) ist Versendung von Proben an Sachverständige behufs physikalischer oder chemischer Prüfung erforderlich.

Wird an einen Besitzdiener des Käufers abgeliefert, so braucht nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang in der Regel nicht sofort bei Ablieferung an den Besitzdiener, sondern erst, nachdem ohne ungebührliche Säumnis die Ware seitens des Besitzdieners an den Geschäftsherrn weitergegeben ist, untersucht und gerügt zu werden. So z. B., wenn die Ware vom Kutscher des Käufers auf dem Bahnhof oder Zollamt abgeholt nnd nach dem Geschäftsraum des Käufers gebracht wird.

b. **Inhalt** der Untersuchung.

1. Allgemeines.

Die Worte „soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich" in § 377 Abs. 1 scheinen sich, wie aus dem Gebrauch des auf Vorstehendes, nicht auf Folgendes verweisenden „dies" zu entnehmen ist, nur auf „unverzüglich", nicht auch auf „untersuchen" beziehen zu sollen. Dennoch gilt sachlich die hierin liegende Beschränkung nicht nur für die Zeit, sondern auch für den Inhalt der Untersuchung. Die Untersuchung soll mit derjenigen Genauigkeit und in der Art und Weise erfolgen, wie sie bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang tunlich ist; sie braucht andererseits nicht mit größerer Genauigkeit und auch nicht in anderer Art und Weise zu geschehen.

Entscheidend dafür, was tunlich, ist die Verkehrsübung, wie sie in Geschäftsbetrieben von der Art desjenigen des Käufers (§ 346 Anm. II b 4) besteht. Doch wird dem Käufer nicht das Recht abzusprechen sein, die Ware genauer als verkehrsüblich zu untersuchen und die hierzu erforderliche längere Zeit in Anspruch zu nehmen, wenn nach Lage des Einzelfalls von Anfang an Zweifel bestehen können, ob die verkehrsübliche Untersuchungsart geeignet ist, ein zuverlässiges Ergebnis herbeizuführen, oder wenn, nachdem jene Untersuchungsart zunächst versucht worden ist, sich solche Zweifel ergeben. Eine nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang tunliche Untersuchung muß vorgenommen werden, auch wenn sie nicht üblich ist (RG. 6 VII 99 JW. 576[15], Bolze **13** Nr. 428, OLG. Hamburg 19 VI 86 ZHR. **36** 257, 11 III 04 OLGRspr. **9** 274). Dagegen eine für die

Regel nicht tunliche nur in dem üblichen Umfang; so wurde z. B. beim Mehlhandel Untersuchung auf Geruch und Farbe für in der Regel genügend und erst bei hierbei sich ergebendem Zweifel chemische Untersuchung für erforderlich erachtet (RG. 17 IV 80 ZHR. 26 571), in einem anderen Fall wurde Vornahme einer Backprobe für erforderlich erachtet (ROH. 8 175), in einem anderen auch dies nicht gefordert (BerlHandelsgebr. 1 130). Beim Weingroßhandel wurde außer Prüfung durch Geschmack, Gesicht und Geruch auch chemische Prüfung des Zuckergehalts für nötig befunden (OLGHamburg 11 III 04 OLG-Rspr. 9 273). Ist der Mangel durch keinerlei nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang tunliche Untersuchung, sondern erst bei Verwendung der ganzen Ware auffindbar, so braucht auf diesen Mangel hin überhaupt nicht untersucht zu werden (RG. 25 29, Bolze 9 Nr. 405). Die Untersuchung darf so lange fortgesetzt werden, bis das Vorhandensein des Mangels sicher feststeht (vgl. unten Anm. VIc 1).

Die Untersuchung darf an sich nur in der Weise vorgenommen werden, daß dadurch der zu untersuchende Gegenstand nicht an Wert verringert oder gar ganz oder teilweise vernichtet wird; eine Ausnahme besteht jedoch insoweit, als die Gewinnung eines zuverlässigen Ergebnisses nicht in anderer Weise möglich ist (unten zu 2, 3). Ist dieser Ausnahmefall gegeben, so hindert trotz BGB. §§ 351, 352 (467) die erfolgte Wertverringerung oder Vernichtung nicht die Wandlung (Anhang zu § 377 Anm. IIIa 2). Für die Bemessung der zulässigen Ausdehnung der Wertverringerung ist wesentlich ins Gewicht fallend das Verhältnis des Werts des ganzen gekauften Postens zu dem Wertteil, der durch die Untersuchung vernichtet wird (vgl. OLG. Hamburg 27 II 88 ZHR. 38 208). In der Überschreitung des zulässigen Maßes der Wertverringerung liegt indessen eine unberechtigte Verfügung über die Ware (ROH. 16 322, OLG. Nürnberg 17 XII 86 ZHR 38 208; dagegen ROH. 22 151).

Soweit die Untersuchung *zulässig* ist, *soll* sie aber auch ausgedehnt werden (Staub Anm. 14); ein Mangel, der durch eine bis zur Grenze der Zulässigkeit ausgedehnte Untersuchung hätte festgestellt werden können, ist ein „erkennbarer“ (ROH. 8 175), gilt daher bei Unterlassung einer darauf bezüglichen Anzeige als genehmigt. Dagegen ist ein Mangel, der mit den zulässigen Untersuchungsmitteln nicht feststellbar ist, ein „nicht erkennbarer“. — Ein nichterkennbarer Mangel ist z. B. die Tragechtheit eines Stoffs rücksichtlich der Farbe (BreslHandelsgebr. 154, 155).

2. *Untersuchung durch Gebrauch, Verbrauch, Bearbeitung oder Verarbeitung.* Alles dies ist zulässig, soweit die Eigenschaft der Ware nicht in anderer Weise zuverlässig festgestellt werden kann (ROH. 9 404, RG. 25 29, Bolze 16 Nr. 418). So wurde für zulässig und erforderlich erachtet z. B. ein Gebrauch bei Maschinen (ROH. 11 99, Bolze 6 Nr. 561; vgl. jedoch auch unten zu 6), insbesondere alt gekauften (RG. 59 75), Vornahme einer Backprobe bei Mehl (ROH. 8 175, Bolze 4 Nr. 711; vgl. jedoch ROH. 16 322), eine Färbungsprobe und außerdem eine Webeprobe bei Rohseide (ROH. 9 405, vgl. Bolze 7 Nr. 561), Verarbeitung bei Wolle (ROH. 12 93) und für Zigarren bestimmtem Tabak (ROH. 22 151), Brennen einiger Lichter bei eingekauftem großen Posten (ROH. 3 84, OLG. Hamburg 27 II 88 ZHR. 38 209), Einschmelzen einer Kette zwecks Ermittlung des Feingehalts bei gekauftem großen Posten silberner oder goldener Ketten (OLG. Hamburg aaO.), Ausziehen und Zerreißen einiger Fäden bei Garn (ROH. 14 288), Einmälzen bei Gerste für Brauzwecke (Bolze 15 Nr. 357), Zerschneiden und Zerdrücken von Gerstenkörnern bei Untersuchung auf Würmer (Bolze 12 Nr. 470), Verkokung der zur Koksbereitung gelieferten Kohlen (vgl. RG. 25 29, Bolze 13 Nr. 428). — Über die Fälle, in denen an Stelle einer Untersuchung der *ganzen* gelieferten Menge nur Stichproben zu untersuchen sind, vgl. unten zu 4.

3. *Beseitigung der Verpackung* ist erforderlich, wenn in anderer Weise eine genügende Besichtigung und Beurteilung nicht ausführbar ist. Dies gilt indessen nicht auch dann, wenn durch die Beseitigung der Verpackung eine Einbuße am Wert oder an der Verkäuflichkeit der Ware in irgend erheblichem Umfang eintreten würde oder zu befürchten wäre, (RG. 29 I 04 JW. 151[25]); so z. B., wenn die Verpackung zum luftdichten Abschluß dient

oder wenn die Ware zum Weiterverkauf in der Urverpackung bestimmt ist (Bolze 4 Nr. 724). Die etwa vorhandenen Mängel sind in solchem Fall „nicht erkennbare". Sind aber größere Mengen der Ware gekauft, so ist trotz Verringerung des Werts des einzelnen Stücks eine Untersuchung geboten; doch ist sie in der Regel auf Stichproben zu beschränken (unten zu 4). So wurde z. B. Untersuchung durch Stichproben für erforderlich, aber auch für genügend erachtet bei Kauf von Konserven oder Sardinen in verlöteten Blechdosen (OLG. Hamburg 7 IV 88 HGR. 38 208, 22 VI 03 OLGRspr. 7 389, RG. 57 10), von Schinken, die für die Tropen bestimmt sind, in einer gegen den Einfluß der tropischen Hitze schützenden Verpackung (RG. 59 125); dasselbe gilt auch z. B. bei Flaschenwein, Schaumwein und Mineralwasser (vgl. RG. 57 9). Ob in Kauf zwecks Weiterverkaufs in Urverpackung eine vertragliche Verlängerung der Anzeigefrist liegt, vgl. unten Anm. IXc 2.

4. Untersuchung von Stichproben.

α. Unter welchen Umständen genügend? Untersuchung nur von Stichproben genügt, wenn ein großer Posten von Waren solcher Art geliefert ist, daß aus der Art ihrer Verfertigung oder Gewinnung oder aus sonstigen Umständen zu entnehmen ist, daß alle einzelnen Bestandteile untereinander von gleicher Beschaffenheit sind (ROH. 7 428, RG. 5 XI 00 JW. 856 [18], 29 I 04 JW. 151 [25]), und auch dann, wenn eine Mangelhaftigkeit eines Teils die ganze Ware unbrauchbar macht, und schon die entnommenen Stichproben Mängel zeigen (RG. 6 VII 99 JW. 576 [15]). Die Untersuchung von Stichproben ist in der Regel allein zulässig, wenn die Untersuchung nur durch Verbrauch oder Verarbeitung (oben zu 2) oder durch wertmindernde Beseitigung der Verpackung (oben zu 3) geschehen kann. Ist jedoch für eine Untersuchung der Verbrauch der ganzen Ware nötig, so ist er erlaubt (RG. 25 29). — Die obige Voraussetzung gleichmäßiger Gewinnung ist z. B. nicht gegeben bei nicht aus einem einheitlichen Betrieb stammenden getrockneten Früchten (ROH. 7 428). Dagegen wurde Untersuchung durch Stichproben für genügend erachtet z. B. beim Margarinegroßhandel nach Marken (BreslHandelsgebr. 143), beim Großhandel mit gerollten Flanellstücken (aaO. 145), bei Lieferung von mehreren Ballen Wolle von angeblich gleicher Beschaffenheit (ROH. 12 93), bei Lieferung von Fellen, wenn durch Untersuchung aller Felle deren Wert erheblich gemindert würde (Bolze 13 Nr. 429), bei Lieferung von Ölsardinen (RG. 29 I 04 JW. 151 [25]), von eingenähten und dann in trockenes Salz verpackten Schinken nach heißen Ländern (RG. 59 125). Bei Warengattungen von ungleichmäßiger Beschaffenheit der einzelnen Teile kann es üblich sein, die Untersuchung in der Weise vorzunehmen, daß aus verschiedenen Teilen der Ware Stichproben gezogen und diese vermischt werden, und daß das so entstandene Muster untersucht wird; so z. B. bei Kleie (BreslHandelsgebr. 151).

β. Mangellosigkeit der Stichproben trotz Mangels der Ware. Sind zufällig die in genügender Menge entnommenen Stichproben ohne Mangel, und ergibt sich demnächst dennoch, daß der Rest der Ware mangelhaft ist, so ist dieser Mangel wie ein „nicht erkennbarer" zu behandeln (ROH. 12 93).

γ. Mangel der Stichproben trotz Mangellosigkeit der übrigen Ware. Zweifelhaft ist, welche Folgen in dem (gegenüber β umgekehrten) Fall eintreten, daß die Stichproben mangelhaft waren und demgemäß bezüglich der ganzen Ware Mängelrüge erfolgt, demnächst aber Verkäufer nachweist, daß der nicht untersuchte Teil mangellos war. Man wird wohl anzunehmen haben, daß Verkäufer diesen Beweis erbringen darf mit der Wirkung, daß der Rest dann in der Tat als mangellos gilt (Bolze 8 Nr. 502; abweichend Staub Anm. 15), daß dagegen der Verkäufer ersatzpflichtig ist wegen allen Schadens, der den Käufer dadurch getroffen hat, daß er bis zu der Zeit, zu welcher Verkäufer den Gegenbeweis erbrachte, auf die Mangelhaftigkeit der ganzen Lieferung vertraute (vgl. den umgekehrten Fall RG. 47 23); denn der Verkäufer haftet (Anhang zu § 377 Anm. IIIe) für die Folgen, die dadurch entstanden sind, daß auch nur ein Teil seiner Lieferung nicht vorschriftsmäßig war. Der Gegenbeweis ist wirkungslos, wenn die Sachen als zusammengehörend verkauft sind und der Käufer auf

Grund der Mangelhaftigkeit der Stichproben Wandlung bezüglich der ganzen Ware verlangt hat (BGB. § 469 Satz 2, Bolze 13 Nr. 429). Über den entsprechenden Fall der Mangelhaftigkeit der Ausfallprobe vgl. unten Anm. IX c 4.

5. Teillieferungen.

α. Bedungene einheitliche Leistungszeit. Der Käufer ist nicht verpflichtet, mit der Untersuchung zu beginnen, bevor die Ablieferung der ganzen Ware vollendet ist. Sendet der Verkäufer eine Ware, bezüglich deren in einem einheitlichen Kauf eine einheitliche Leistungszeit bedungen ist, nicht gleichzeitig, sondern in mehreren Teilsendungen, so ist die Ablieferung des ganzen Postens erst mit der Ablieferung der letzten Teilsendung vollendet; erst dann (nicht etwa bei Eintritt der bedungenen Leistungszeit; oben Anm. V a 2) beginnt daher die Untersuchungspflicht bezüglich aller (als Einheit zu betrachtender) Teilsendungen (RG. 43 65; wann das Pfandrecht des Frachtführers erlischt, vgl. § 440 Anm. I b 2 β).

β. Bedungene Ratenleistung. Anderes als im Fall zu α gilt im Fall der Ratenleistungsgeschäfte, bei denen für die einzelnen Mengeteile der Leistung verschiedene Leistungszeiten bedungen sind (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XV a); bei ihnen ist vertragsgemäß jede Ratenleistung Gegenstand selbständiger Ablieferung; daher ist jede Ratenleistung selbständig zu untersuchen, die Frist des § 377 Abs. 1, 3 läuft bezüglich jeder einzelnen besonders (RG. 3 101, 43 65, RG. 23 III 00 JW. 394[14]), und auch die Genehmigungswirkung des § 377 Abs. 2 tritt hinsichtlich jeder einzelnen Rate besonders ein (Anhang zu § 377 Anm IX b 3). Weder die Beanstandung noch die Nichtbeanstandung einer Rate berührt mithin die bezüglich früherer oder späterer Raten bestehenden Rechte: durch Nichtbeanstandung werden die übrigen Raten nicht genehmigt (RG. 1 54, 63, RG. 23 III 00 JW. 394[14], Bolze 7 Nr. 584, vgl. RG. 59 46), durch Beanstandung werden die übrigen Raten nicht für mangelhaft erklärt (RG. 3 101). Doch kann die Mangelhaftigkeit einer Rate unter bestimmten Voraussetzungen (Anhang zu § 377 Anm. IX b 2 α, γ) Rechte bezüglich der ganzen Lieferung (einschließlich der mangellosen, und daher auch einschließlich der noch garnicht abgelieferten Raten) gewähren. Eine Vermutung dafür, daß, wenn die bereits geleisteten Raten mangelhaft waren, auch die künftigen mangelhaft sein werden, besteht nicht (RG. 1 55, 63). Da die einzelnen Raten selbständig zu untersuchen sind, so handelt der Käufer nicht nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang, wenn er die mehreren gelieferten Raten vor erfolgter Untersuchung vermischt (RG. 4 II 93 in JW. 163[24] und bei Bolze 16 Nr. 418) Auch bei Ratenleistungen besteht aber die Untersuchungspflicht nur in dem mit einem ordnungsgemäßen Geschäftsgang vereinbaren Umfang; so wurde z. B. Käufer für nicht verpflichtet erachtet, bezüglich der ihm täglich zur Koksbereitung gelieferten Waggons Kohle täglich eine Gebrauchsprobe vorzunehmen (RG. 25 30, Bolze 13 Nr. 428); für derartige Fälle werden die Grundsätze über Untersuchung von Stichproben (oben zu 4) entsprechend zur Anwendung gebracht werden dürfen.

6. Untersuchung durch besondere Sachverständige. In der Regel hat der Käufer nur selbst (persönlich oder durch seine Leute) zu untersuchen, und diejenigen Mängel gelten als „erkennbar", die entweder tatsächlich aufgefunden worden sind oder die bei ordnungsmäßiger Untersuchung durch einen Kaufmann von der durchschnittlichen Sachkenntnis der Kaufleute derartiger Gewerbebetriebe hätten aufgefunden werden müssen. Der Käufer kann sich nicht damit entschuldigen, daß er oder seine Leute eine unter jenem Durchschnitt stehende Sachkenntnis haben, z. B. weil er oder sie Anfänger seien. Vielmehr muß er entweder die zu eigener Untersuchung nötige Sachkunde in erwähntem Umfang besitzen oder innerhalb der für eigene Untersuchung erforderlichen Zeit die Untersuchung durch einen anderen vornehmen lassen (RG. 59 45). Andererseits gilt in der Regel als „nichterkennbar" ein Mangel, der einem Kaufmann mit erwähnter durchschnittlicher Sachkenntnis bei Anwendung der verkehrsüblichen einfachen Prüfungsart nicht erkennbar war (ROH. 7 410; vgl. jedoch oben zu 1). Ausnahmsweise jedoch geht in einzelnen Geschäftszweigen bei umfangreichen Lieferungen die Verkehrsübung dahin, daß der Käufer als verpflichtet gilt, eine eingehende

Prüfung durch Sondersachverständige vornehmen zu lassen (Bolze 7 Nr. 585, RG. 59 45); in diesen Ausnahmefällen gilt jeder Mangel als erkennbar, der entweder tatsächlich aufgefunden worden ist, oder der, wenngleich nicht vom Durchschnittskaufmann, so doch vom Sondersachverständigen bei ordnungsmäßiger Untersuchung hätte aufgefunden werden müssen. Ferner ist angenommen worden, daß wenn sich eine Vermutung, daß ein heimlicher Mangel vorliegt, ergebe, und der Käufer nicht aus eigener Sachkunde sich hierüber genügende Aufklärung verschaffen könne, er verpflichtet sei, Sachverständige zuzuziehen (Bolze 19 Nr. 544). Ebenso wurde angenommen, daß wenn nach Inbetriebsetzung einer gelieferten Maschine deren Untersuchung tunlich sei, der Käufer, wenn er selbst hierzu nicht im stande sei, einen Sachverständigen zuziehen müsse (RG. 5 XII 05 JW. 06 91 [13]; vgl. jedoch oben zu 2). — Auch in den Fällen, in denen Untersuchung durch Sachverständige geboten ist, muß der Käufer unter mehreren ihm als geeignet erkennbaren Sachverständigen denjenigen wählen, bei dem eine möglichst frühzeitige Abgabe des Gutachtens zu erwarten steht (OLG. Karlsruhe 25 V 05 OLGRspr. 11 413).

7. Mehrfache verschiedenartige Untersuchungen. Ist mehrfache Untersuchung auf verschiedene Mängel hin geboten, und ist eine dieser Untersuchungen z. B. die Untersuchung durch Besicht, schnell ausführbar, die andere, z. B. die Untersuchung auf Härtegrad, zeitraubend, so müssen mangels gegenteiligen Handelsgebrauchs die bei ersterer Untersuchung erkennbaren Mängel sofort, auch vor Beendigung der zweiten Untersuchung angezeigt werden (RG. 62 256).

8. Untersuchung von Ausfallprobe. Vgl. unten Anm. IXc 4.

c. Ort der Untersuchung.

1. Allgemeines. Wo die Untersuchung vorgenommen wird, ist unerheblich. Bei der in § 377 enthaltenen Zeitbestimmung ist jedoch vorausgesetzt, daß die Untersuchung in der Regel am Ort der Ablieferung (oben Anm. IIIa) und nur ausnahmsweise an einem anderen Ort vorzunehmen ist; letzteres, wenn (Staub Anm. 21) dies dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang (z. B. wegen Notwendigkeit einer Untersuchung durch Sondersachverständige, oben zu b 6) oder dem Vertragswillen der Parteien (unten Anm. IX) entspricht. Unter Ablieferungsort ist hier derjenige Ort zu verstehen, an welchem laut Vertrag die Ablieferung erfolgen sollte (d. h. in den gewöhnlichen Fällen von Versendungskäufen der Bestimmungsort, vgl. ROH. 6 303, Bolze 18 Nr. 451, OLG. Hamburg 12 IV 01 OLGRspr. 6 94, OLG. Jena 10 XII 04 OLGRspr. 11 411, Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VIId 2; unter Umständen aber auch der Absendungs- oder ein Zwischenort, ROH. 18 205, 21 249, RG. 21 X 99 JW. 772 [15]) und an welchem ferner auch tatsächlich abgeliefert ist (ROH. 11 41). Erfolgt die Rüge so rechtzeitig, wie sie unter Berücksichtigung der in § 377 enthaltenen Zeitbestimmung hätte erfolgen müssen, wenn an dem nach Vorstehendem maßgebenden Ort untersucht worden wäre, so erhält sich der Käufer seine Rechte (§ 377 Abs. 4), gleichgültig, wo die Untersuchung tatsächlich erfolgt ist.

2. Untersuchung durch Dritten. Hat der Käufer einen Dritten bezeichnet, an den für ihn abgeliefert werden soll (z. B. einen an anderem Ort wohnenden Speditör), so ist in der Regel so zeitig zu rügen, wie es möglich gewesen wäre, wenn bei dem Dritten die Untersuchung vorgenommen wäre (Bolze 13 Nr. 439, 16 Nr. 432, RG. 19 XII 05 JW. 06 91 [14], OLG. Hamburg 3 VII 03 OLGRspr. 7 388, KG. 9 XI 03 KGBl. 04 6, vgl. RG. 46 8); es genügt nicht, daß der Dritte erst Ausfallmuster zieht und diese dem Käufer übersendet, damit dieser untersuche (Bolze 2 Nr. 1012, 19 Nr. 555). Über den hiervon zu unterscheidenden Fall, daß vereinbart ist, der Verkäufer solle unmittelbar an den Abnehmer des Käufers liefern, vgl. unten Anm. IXc 2. Auch wenn nichts darüber vereinbart war, daß an einen Dritten zu liefern, kann der Käufer doch einseitig die unmittelbare Abnahme durch den Dritten und die Untersuchung bei letzterem veranlassen; es kommt dann nur darauf an, ob er so rechtzeitig gerügt hat, wie es hätte geschehen müssen, wenn er unmittelbar abgenommen und bei sich untersucht hätte (ROH. 8 225, OLG. Hamburg 27 VI 92 ZHR. 43 369).

VI. Mängelanzeige.

a. Inhalt.

1. Rüge der Mängel.

Dem Verkäufer muß nicht nur, wie nach dem Wortlaut des § 377 Abs. 1 scheinen könnte, angezeigt werden, daß sich ein Mangel gezeigt hat, und noch weniger genügt eine allgemeine Erklärung der Unzufriedenheit mit der Ware (vgl. unten zu 2) oder eine Erklärung, daß die Ware keine gute sei (RG. 47 123), sondern in feststehender Rechtsprechung ist angenommen worden, daß auch angegeben werden muß, welcher Mangel sich gezeigt hat (ROH. 14 68, RG. 17 II 97 JW. 193[26]). Allerdings ist nach dieser Richtung nur eine allgemein gehaltene Angabe erforderlich, nicht die Beschreibung des Mangels in allen Einzelheiten; es genügt, wenn der Verkäufer durch die Anzeige ausreichend über den Grund der Bemängelung ins Klare gesetzt wird (ROH. 5 262, 14 68, 156, RG. 47 14, OLG. Hamburg 24 X 02 OLGRspr. 6 93). Hatte z. B. bereits der Verkäufer bei Übersendung auf das Vorhandensein des Mangels aufmerksam gemacht, so braucht daher der Käufer, wenn er die Ware als vertragswidrig rügt, nicht das Vorhandensein jenes Mangels nochmals hervorzuheben (ROH. 7 114). Ebenso, wenn aus den gelegentlich einer früheren Sendung gewechselten Schreiben hervorging, worin der Käufer die Mangelhaftigkeit nunmehr wiederholt finden wollte (ROH. 14 157). Auch schadet nicht eine irrtümliche Bezeichnung des gerügten Mangels, z. B. das Rügen von „Dumpfgeruch" wenn es sich in Wahrheit um „Bodengeruch" handelte (RG. 47 13). Endlich wird auch nicht durch Rüge eines Mangels die nachträgliche Rüge auch andererer ausgeschlossen, sofern nur auch die nachträgliche Rüge so frühzeitig erfolgt wie die nachträglich gerügten Mängel bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang erkennbar waren (vgl. ROH. 5 262, OLG. Jena 24 IX 85 ZHR. 38 209).

Besteht der Mangel in der Probewidrigkeit (oben IVb 2), so gelten dieselben Grundsätze; der Käufer muß daher nicht nur erfahren, daß die Ware probewidrig ist, sondern auch, warum sie es ist (RG. 22 IX 05 JW. 646[16]; dagegen „unter Umständen" ROH. 18 204, RG. 17 II 97 JW. 193[26]; vgl. Bolze 6 Nr. 568), es genügt auch, daß umgekehrt die Mängel angezeigt werden ohne ausdrückliche Hervorhebung, daß in der Mangelhaftigkeit auch eine Probewidrigkeit liegt (Bolze 7 Nr. 574). Eine Anzeige, daß „die Ware gegen die Probe wesentlich abfällt" genügt trotz ihrer Allgemeinheit, wenn im Einzelfall infolge besonderer Umstände dem Käufer dennoch erkennbar wird, welche Art von Mängeln hierdurch gerügt werden soll (RG. 22 IX 05 JW. 647[16]).

Nimmt man die vorerwähnte Rechtsprechung zur Grundlage, so muß man schließen, daß bei Vorliegen mehrerer erkennbarer Mängel alle gerügt werden müssen, widrigenfalls (unten Anm. VIIa) die Ware bezüglich der nicht gerügten als genehmigt gilt; so in der Tat ROH. 9 405, 14 68, RG. 47 13, Bolze 1 Nr. 1086; etwas einschränkend RG. 18 55. Andererseits hat das Nichtrügen eines von mehreren erkennbaren Mängeln nur zur Folge, daß der nichtgerügte Mangel als genehmigt gilt, nicht etwa, daß dadurch auch das Rügen der übrigen Mängel wirkungslos wird (RG. 38 11); anders auch dann nicht, wenn der nichtgerügte mit dem gerügten Mangel in untrennbarem Zusammenhang steht (dagegen RG. 38 11), denn untrennbar zusammenhängende Mängel stehen einem einzigen Mangel gleich, und wird auch nur einer der untrennbaren Mängel gerügt, so wird das einheitlich Mangelhafte gerügt, wenngleich unter ungenauer Bezeichnung. Erfolgt gleichzeitig die Ablieferung der durch mehrere selbständige Käufe gekauften Waren, so muß in der Mängelanzeige erkennbar gemacht werden, auf welche der mehreren selbständig gekauften Warenstücke sie sich bezieht (ROH. 10 271).

2. Erklärung, daß Käufer sich die bewirkte Leistung nicht gefallen lassen wolle? Eine solche Erklärung ist nicht erforderlich (RG. 54 68; dagegen RG. 12 X 98 JW. 646[18], Kipp in Festg. f. Koch 115). Vielmehr tritt allein durch die Anzeige des Vorhandenseins der Mängel bereits die Wirkung ein, daß die Ware als nicht genehmigt zu gelten hat, außer wenn aus dem sonstigen Inhalt der Anzeige oder anderen Umständen zu entnehmen ist, daß der Käufer trotz der von ihm angezeigten Mängel die Ware ge-

nehmige oder daß er von den ihm aus dem Vorhandensein der Mängel erwachsenen Rechten keinen Gebrauch machen wolle (RG. 54 68). Keine Genehmigung liegt z. B. vor, wenn bei einem Ratenleistungsgeschäft der Käufer bei der Anzeige bemerkt „es kann so nicht fortgehen“, „es muß Wandel geschaffen werden“ und einen dem behaupteten Minderwert oder Schadensersatzanspruch entsprechenden Teil des Kaufpreises für jede einzelne Rate einbehält (RG. 25 29). Dagegen kann eine Erklärung, von den durch den etwaigen Mangel erwachsenen Rechten nicht Gebrauch machen zu wollen, gefunden werden z. B. in der bloßen Äußerung der Unzufriedenheit (ROH. 10 271, RG. 17 II 97 JW. 193[26], Berl. Handelsgebr. 2 29), in bloßer Bemängelung des Preises mit Rücksicht auf den schlechten Ausfall der Lieferung (doch kann hierin unter Umständen Mängelrüge verbunden mit Preisminderungs- oder Vergleichsantrag liegen), in einer Mängelanzeige, in der zum Ausdruck kommt, daß sie lediglich zu dem Zweck erfolgt, den Verkäufer zu veranlassen, daß er künftig besser liefere, oder daß er den Kaufpreis stunde (Staub Anm. 23), in einer bloßen Anfrage, wie bestimmten Mängeln, die sich an der Ware gezeigt haben, abgeholfen werden könne (RG. 12 X 98 JW. 646[18]), in der bloßen Mitteilung des Käufers an den Verkäufer, daß ein Dritter, dem der Käufer die Ware weiter verkauft habe, die Ware beanstande, sofern nicht aus dieser Mitteilung des ersten Käufers zu entnehmen ist, daß er selbst seinem Verkäufer gegenüber das Vorhandensein jener Mängel behaupte (RG. 4 II 02 JW. 173[29]), in der Mitteilung: „Das von uns gezogene Muster zeigt 23% Wasser; wir hoffen, daß dies nicht dem Durchschnitt der Ladung entsprechen wird, wir würden dadurch viel Unannehmlichkeiten haben“ (ROH. 15 132). Braucht die Mängelanzeige nicht die Erklärung zu enthalten, daß Käufer die bewirkte Leistung nicht sich wolle gefallen lassen, so braucht er noch weniger sich auch darüber sofort zu äußern, welche weiteren Folgen er daran knüpfen wolle, insbesondere ob er die Ware behalten und nur Preisminderung beanspruchen oder ob er Wandlung fordern wolle (Anhang zu § 377 Anm. VIII e). Hiernach braucht der Käufer mit der Mängelanzeige nicht die Erklärung zu verbinden, daß er zur Rückgabe der Ware bereit sei (Anhang zu § 377 Anm. VIII e). — Über die Bedeutung des Ausdrucks: „Zur Verfügung stellen“ vgl. § 346 Anm. III b 2. Ob Käufer durch Verfügung über die Ware alle oder doch einzelne Gewährleistungsansprüche verliert, vgl. Anhang zu § 377 Anm. II c 2, III a 4, b.

b. **Form.** Keine besondere Form ist vorgeschrieben (P. 647, 1383, Str. 61 346). Auch das Wort „Absendung“ in § 377 Abs. 4 deutet nicht notwendig auf Schriftlichkeit (denn auch durch einen Boten kann man „absenden“), sondern nur auf den Regelfall (vgl. jedoch § 55 Abs. 3), daß einem Abwesenden die Anzeige zu erstatten ist. Die Anzeige kann daher in jeder Weise erfolgen, z. B. mündlich (unter Anwesenden oder durch Fernsprecher), schriftlich, telegraphisch. Unter Umständen kann allerdings die Geschäftsübung die Benutzung einer bestimmten unter diesen Benachrichtigungsarten vorschreiben; dies kann sowohl vorkommen vom Gesichtspunkt der erforderlichen Form (z. B. durch eingeschriebenen Brief), wie auch vom Gesichtspunkt der erforderlichen Schnelligkeit (z. B. durch Telegramm; hierüber § 346 Anm. III c). Im Fall schriftlicher Benachrichtigung genügt auch der nichteingeschriebene Brief (ROH. 19 154); der Verkehrssitte widersprechend und daher — soweit hierdurch Verzögerung entsteht — ungenügend ist aber die Benachrichtigung durch einen nicht freigemachten Brief (Staub Anm. 26; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. IV 3) oder die Einlegung des Briefs in das Paket, mit welchem gleichzeitig die beanstandeten Waren zurückgesendet werden (Staub Anm. 26). — Die Gefahr der Übermittelung trägt der Verkäufer (D. 224); unter Abwesenden genügt die rechtzeitige und in geschäftsüblicher Weise erfolgte Absendung der Anzeige (§ 377 Abs. 4); unter Anwesenden genügt, daß der Verkäufer den Mangel rechtzeitig und unter Abgabe einer Erklärung vorschriftsmäßigen Inhalts (oben zu a 1, 2) in einer Art und Weise rügt, daß er annehmen durfte, der anwesende Verkäufer (oder dessen Vertreter; unten zu d) müsse diese Rüge hören und sich derselben bewußt werden. Ob in letzterem Fall das Hören und Bewußtwerden tatsächlich stattfindet, und ob in ersterem Fall die abgesendete Anzeige auch ankommt, ist unerheblich, außer wenn dieser Nichterfolg durch Verschulden des Käufers veranlaßt ist, z. B. durch Nichtfreimachen des Briefs

(s. oben), durch falsche oder ungenaue Adressierung (RG. 23 III 80 ZHR. 26 571) oder durch Absendung eines unzuverlässigen Boten.

c. Zeit.

1. Erkennbarer Mangel. Ein erkennbarer (oben Anm. V b 1) Mangel ist spätestens unverzüglich (= ohne schuldhaftes Zögern, BGB. § 121) nach derjenigen Zeit anzuzeigen, zu der er bei rechtzeitiger (oben Anm. V a) Vornahme einer ordnungsmäßigen (oben Anm. V b) Untersuchung am maßgebenden Ort (oben Anm. V c) hätte mit Sicherheit festgestellt werden müssen (ROH. 13 11, RG. 47 23). Es ist sogar — entgegen dem Wortlaut des § 377 Abs. 1 — angenommen worden, daß erst zu der so zu berechnenden späteren Zeit der Mangel selbst dann angezeigt zu werden braucht, wenn er bereits früher tatsächlich aufgefunden worden ist (ROH. 13 10). Andererseits ist unerheblich, ob tatsächlich eine Untersuchung stattgefunden hat (unten Anm. VIII a). Die Anzeige kann daher — falls nur ein Mangel tatsächlich vorhanden — auch vor Beendigung der Untersuchung und auch schon vor deren Beginn wirksam erstattet werden. Ebenso sogar schon vor der Ablieferung (ROH. 15 271, RG. 27 IX 04 JW. 549[4], 10 I 05 JW. 158[40]; vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. II d 2, 3). — Nicht darf die für Untersuchung durch Gebrauch erforderliche längere Zeit in Anspruch genommen werden, wenn schon durch Untersuchung durch Besicht der Mangel erkennbar war (ROH. 16 322). Doch braucht die Anzeige erst zu derjenigen Zeit erstattet zu werden, zu welcher die Mangelhaftigkeit mit Sicherheit feststellbar ist, nicht schon bei jedem auftretenden Zweifel (RG. 14 II 01 JW. 189[8], Bolze 1 Nr. 1085, 9 Nr. 405). Der Käufer braucht nicht wiederholte Anzeigen zu erstatten (Bolze 4 Nr. 711). So darf z. B. eine Maschine erst einige Zeit hindurch geprobt werden, selbst wenn sie von Anfang an nicht ordnungsmäßig arbeitet (ROH. 11 99). So darf, wenn die nicht zuverlässige Untersuchung im Keimapparat einen Mangel gezeigt hat, dennoch das Ergebnis der zuverlässigen Untersuchung auf der Tenne (RG. 47 22) bzw. durch Einmälzen (Bolze 15 Nr. 357) abgewartet werden. In der Erstattung einer Anzeige auf Grund des Ergebnisses der unzuverlässigen Untersuchungsart liegt auch nicht die Erklärung eines Einverständnisses damit, daß die Rechtzeitigkeit der Anzeige nach Maßgabe des Zeiterfordernisses jenes unzuverlässigen Verfahrens beurteilt werde (RG. 47 23). Andererseits muß Käufer einen Mangel, zu dessen Entdeckung die Sachkunde derartiger Kaufleute ausreicht, sobald er ihn findet, noch innerhalb der für eigene Untersuchung genügenden Frist anzeigen, selbst wenn ihm zweifelhaft bleibt, ob er sich etwa irrt; er darf in solchem Fall nicht mit der Anzeige zögern, bis er das Gutachten eines Sachverständigen eingeholt hat (Bolze 2 Nr. 1014). Ist dem Käufer bekannt, daß der Verkäufer behindert ist (z. B. durch Abwesenheit), die Anzeige zu empfangen, so berechtigt ihn dies doch nicht, die Absendung der Anzeige zu verzögern (Staub Anm. 28). — Hat der Käufer weiter verkauft, so darf er mit seiner Anzeige nicht warten, bis der Weiterkäufer ihm gegenüber bemängelt (ROH. 2 336); anders nur, wenn einer der Fälle vorliegt, in denen entsprechende vertragliche Verlängerung der Anzeigefrist anzunehmen ist (unten Anm. IX c 2).

2. Verborgener Mangel. Daß der Mangel ein bei Untersuchung nicht erkennbarer (oben Anm. V b 1) war, hat der Käufer zu beweisen (Anhang zu § 377 Anm. XII b 3). Ein solcher Mangel ist spätestens unverzüglich nach der Entdeckung anzuzeigen (§ 377 Abs. 3). Unerheblich ist — wenn nur die Eigenschaft des Mangels als „nicht erkennbarer" feststeht —, ob die Entdeckung bei größerer Aufmerksamkeit des Käufers schon früher, als geschehen, hätte erfolgen müssen; doch ist angenommen worden, daß, sobald Zweifel über mögliches Vorhandensein eines verborgenen Mangels sich zeigen, ein hierauf gerichteter Feststellungsversuch begonnen werden müsse (Bolze 19 Nr. 544). Die Anzeige braucht aber erst abgesandt zu werden zu der Zeit, zu welcher auf Grund der dann begonnenen Untersuchung der Mangel mit Sicherheit festgestellt worden ist, nicht schon, wenn weiter nichts vorliegt, als daß einer von mehreren Abnehmern des Käufers letzterem eine Mängelanzeige erstattet hat (dagegen ROH. 4 48).

d. **Anzeige an Vertreter des Verkäufers.** Die Anzeige kann, statt an den Verkäufer, wirksam

auch an einen Bevollmächtigten desselben gerichtet werden, der für dessen Angelegenheiten überhaupt oder für die Erledigung des betreffenden Geschäfts Vollmacht hat (Dernburg[3] 2 § 189 IV 7); insbesondere auch an den Prokuristen (§§ 49, 50) und — außer wenn der Käufer eine etwaige Einschränkung der Bevollmächtigung kannte oder kennen mußte — an den zum Betrieb des ganzen Handelsgewerbes bestellten Handlungsbevollmächtigten (§ 54 Anm. Ic 1). Ebenso an den beim Kunden anwesenden Fernreisenden (§ 55 Abs. 3) und an den Handlungsagenten (§ 86 Abs. 2), selbst wenn der Verkäufer, ohne davon dem Käufer Mitteilung zu machen, dem Reisenden oder Agenten verboten hatte, den Käufer zu besuchen oder Mitteilungen von ihm entgegenzunehmen (ROH. 14 155). Nicht jedoch an den die Maschine aufstellenden Monteur (ROH. 11 65) oder an den die Waren abliefernden Frachtführer. Anzeige an eine hiernach nicht genügend bevollmächtigte Person ist nur insoweit wirksam, als entweder die betreffende Person die Anzeige rechtzeitig dem Verkäufer tatsächlich mitgeteilt hat (ROH. 14 156, Bolze 3 Nr. 712, 21 Nr. 495), oder in der Beauftragung jener Person mit der Übermittelung die rechtzeitige Absendung der Anzeige durch einen zuverlässigen Boten liegt (Staub Anm. 27); hierbei ist aber zu beachten, daß jene Person als Bote nur dann gelten kann, wenn unzweifelhaft ist, daß der Betreffende den Übermittelungsauftrag übernommen hat, nicht schon dann, wenn er gegenüber einer Mängelrüge des Käufers nur stillgeschwiegen hat (zust. OLG. Hamburg 6 XII 04 HansGZ. 05 56).

e. **Anzeige durch Vertreter des Käufers.** Die Anzeige eines Vertreters ohne Vertretungsmacht unterliegt den Vorschriften des BGB. § 180 mit der Maßgabe, daß sie auch in den Ausnahmefällen des BGB. § 180 Satz 2 nur dann als eine unverzüglich erfolgte anzusehen ist, wenn auch die Genehmigung noch unverzüglich erklärt ist (OLG. Dresden 20 II 03 OLGRspr. 6 224).

VII. **Wirkung des Unterlassens rechtzeitiger Anzeige.**

a. **Regel** ist, daß die Ware in Ansehung der nicht rechtzeitig angezeigten Mängel als genehmigt gilt. So § 377 Abs. 3; über die Frage, ob — wie man geneigt sein könnte, aus der Abweichung im Wortlaut des § 377 Abs. 2 durch Gegenschluß zu schließen — bei Anzeige nur eines von mehreren erkennbaren Mängeln trotz Nichtanzeige der anderen das Gegenteil gilt, also auch in Ansehung der nichtangezeigten unter den mehreren erkennbaren Mängeln keine Genehmigung eintritt, vgl. oben Anm. VIa 1. Die Genehmigung wird nicht nur vermutet, sondern unterstellt. Hieraus folgt, daß die gegenbeweisliche Bezugnahme auf einen ohne Anzeige erklärten Nichtgenehmigungswillen nicht durchgreift. Über die Frage, ob bei Verfolgung der durch die Anzeige aufrechterhaltenen Rechte des Käufers die rechtzeitig erfolgte Anzeige zu den klagebegründenden Tatsachen gehört, vgl. Anhang zu § 377 Anm. XIIb 3. — Nicht weniger weitgehend als die Folgen eines Unterlassens der Anzeige sind die Folgen einer etwa abgegebenen ausdrücklichen Genehmigungserklärung; ein bei Abgabe der Genehmigungserklärung etwa vorhandener Irrtum über die Beschaffenheit der Ware ist nur ein Irrtum im Beweggrund (RG. 3 XII 01 JW. 02 28[22]). — Ist Mängelanzeige nicht rechtzeitig erstattet, und läßt trotzdem der Verkäufer ohne Vorbehalt seines Rechtsstandpunkts sich auf Vergleichsverhandlungen über die behaupteten Mängel ein, so liegt darin, solange kein Vergleich zu stande kommt, noch kein Verzicht auf die Rechte aus der vom Gesetz unterstellten Genehmigung der Ware durch den Käufer (OLG. Hamburg 7 IV 03 OLGRspr. 6 470). — Als genehmigt gilt die „Ware", d. h. der abgelieferte Teil, nicht auch ein noch nicht abgelieferter Teil von gleicher Beschaffenheit (oben Anm. Vb 5).

b. **Ausnahme:** Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so bleibt in Ansehung dieses Mangels das Unterlassen der Anzeige wirkungslos (§ 377 Abs. 5).

1. Arglistiges Verschweigen.

Dieser Begriff (aufgenommen im Anschluß an die Erwähnung desselben Begriffs in BGB. § 443, § 477 Abs. 1, § 478 Abs. 2) ersetzt den in Art. 350 ADH. an entsprechender Stelle verwendeten Begriff des „Betrugs" (D. 225). Bereits der Begriff „Betrug" in Art. 350 ADH. wurde im Sinn von „Arglist" ausgelegt (P. 1461, ROH. 2 102, RG. 1 300; dagegen Bolze 13 Nr. 438), so daß nur eine Fassungsänderung vorliegt (ebenso Staub

Anm. 124). Unerheblich ist, ob Verkäufer bereits beim Abschluß oder erst bei der Erfüllung arglistig verfuhr (ROH. 2 191). „Arglistiges Verschweigen" verweist lediglich auf ein Verhalten des Verkäufers ohne Rücksicht auf den bei dem Käufer erreichten Erfolg. Daher ist für unerheblich zu erachten (außer für die Frage einer Genehmigung trotz Mangels; vgl. unten zu 2), ob die Täuschungsabsicht Erfolg gehabt hat (ebenso RG. 55 214; dagegen Staub Anm. 131 und nach früherem Recht ROH. 5 324, RG. 21 IX 97 JW. 549[22]). Der Beweis der Arglist liegt dem Käufer ob (Anhang zu § 377 Anm. XIIb 3). Der Verkäufer haftet für arglistiges Verhalten seines Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, gemäß BGB. § 278, nicht nur gemäß BGB. § 831, da nichtarglistiges Verhalten Vertragspflicht ist (Staub Anm. 127). Doch ist zu beachten, daß zur Erfüllung dieses Teils der Vertragspflicht der Kaufmann sich nur seiner oberen kaufmännischen Beamten, nicht auch der nur Handlangerdienste leistenden Personen bedient, so daß Arglist der letzteren ihm nicht auf Grund des BGB. § 278 zur Last gelegt werden kann; wohl aber gemäß BGB. § 831, wenn im Einzelfall (vgl. Anhang zu § 377 Anm. IIId 2) in dem arglistigen Verschweigen eine unerlaubte Handlung liegt.

Arglistiges Verschweigen liegt nicht schon dann stets vor, wenn der Verkäufer den Mangel gekannt und dennoch nicht darauf hingewiesen hat (ROH. 2 192, 4 49, 5 324, RG. 1 300, Bolze 4 Nr. 713, 11 Nr. 397, RG. 15 XII 05 JW. 06 86[5]). So z. B. nicht, wenn der Verkäufer annahm, daß auch Käufer den Mangel kenne (Planck[3] § 443) oder daß der Mangel so offensichtlich sei, daß er dem Käufer nicht entgehen, dieser aber dennoch die Leistung sich gefallen lassen (vgl. Anm. VIa 2) werde (ROH. 2 192, RG. 1 300), z. B. weil der Mangel ein unerheblicher (RG. 1 300) oder weil die Ware trotz des Mangels preiswert sei (vgl. ROH. 5 323, Bolze 11 Nr. 397). Noch weniger, wenn der Verkäufer den Mangel nicht gekannt hat, wenngleich fahrlässigerweise (RG. 21 XII 04 JW. 05 79[16], 29 IX 05 JW. 639[8]), wenn ihm z. B. fahrlässigerweise die Mangelhaftigkeit zweifelhaft geblieben war (RG. 20 IV 04 JW. 359[13], 21 XII 04 JW. 05 79[16]; dagegen RG. 16 V 03 JW. Beil. 99[223]) oder wenn er grobfahrlässig nicht voraussah, daß seine Zusicherung vom Vertragsgegner falsch verstanden werden würde (RG. 16 I 06 JW. 131[1]). Dagegen steht das Verschweigen eines Zweifels über die Mangelhaftigkeit dem Verschweigen der Kenntnis gleich, ist also Arglist, in den Fällen, in denen das Verschweigen der Kenntnis Arglist wäre (RG. 21 XII 04 JW. 05 79[16]; dagegen Planck[3] § 443). Der Umstand, daß die Ware bereits von einem anderen Abnehmer desselben Verkäufers wegen Mangelhaftigkeit zurückgewiesen worden war, beweist an sich noch nicht, daß der Verkäufer die Ansicht jenes Abnehmers für begründet hielt, also von der Mangelhaftigkeit Kenntnis hatte (OLG. Dresden 21 I 90 ZHR. 40 514).

Arglistiges Verschweigen liegt aber dann stets vor, wenn zur eigenen Kenntnis des Verkäufers vom Mangel oder seinem Rechnen mit der Möglichkeit eines Mangels und zur Annahme des Verkäufers, daß der Käufer den Mangel nicht kenne oder doch möglicherweise nicht kenne, noch das Bewußtsein des Verkäufers hinzukommt, daß der Käufer falls er den Mangel rechtzeitig entdecken sollte, den Vertrag nicht abschließen (so, wenn Arglist bei Abschluß) bezw. (so, wenn Arglist bei Erfüllung) die angebotene Ware nicht als Vertragserfüllung annehmen (vgl. Anm. VIa 2) werde (RG. 1 300, 62 302, RG. 13 I 04 JW. 113[9], OLG. Köln 15 X 89 ZHR. 40 515, ähnlich Dernburg[3] 2 § 185 III; dagegen Staub Anm. 125). Denn in solchem Fall rechnet der Verkäufer mit der Möglichkeit des Nichtentdeckens oder des Versäumens der Form rechtzeitiger Mängelanzeige, wodurch ihm ein Vorteil erwüchse, der ihm sachlich nicht zukommt; auch die eventuelle Arglist ist aber Arglist. So auch (dagegen ROH. 2 192, Staub Anm. 124, 125), wenn der Verkäufer den Mangel verschweigt in der Annahme, daß der Käufer, wenn er den Mangel entdeckt, dennoch die Ware behalten werde, wenngleich nur gegen neue Zugeständnisse des Verkäufers, z. B. Preisnachlaß; denn in dem erwarteten Verhalten des Käufers liegt nicht ein Geltenlassen der Leistung als einer vertragsgemäßen, sondern der Abschluß eines Vergleichs über die Folgen des Nichtgeltenlassens. Umsomehr ist dann das Verschweigen

ein arglistiges, wenn der Verkäufer außerdem als wahrscheinlich erachtet, daß der Käufer den Mangel nicht entdecken werde (Bolze 4 Nr. 713, RG. 15 XII 05 JW. 06 86[6]), wenn also unbedingte Täuschungsabsicht vorliegt; so z. B. wenn der Verkäufer weiß, daß im vorliegenden Fall die Besichtigung unterbleiben werde (ROH. 2 192) oder bei verborgenen Mängeln (ROH. 4 186, 15 216, Bolze 5 Nr. 672). Dies auch dann, wenn der Verkäufer keine besonderen Veranstaltungen trifft, um den Käufer von der Entdeckung der Mängel abzuhalten (ROH. 10 337, RG. 62 150, OLG. Köln 15 X 89 ZHR. 40 515, RG. 15 XII 05 JW. 06 86[5], Staub Anm. 125, Dernburg[3] 2 § 185 Anm. 5; dagegen RG. 11 II 93 JW. 163[25], Bolze 13 Nr. 438). Umsomehr, wenn er solche Veranstaltungen trifft; z. B. durch eine besondere Art der Verpackung (ROH. 2 192), durch Verleitung zum Unterlassen einer Untersuchung (Bolze 11 Nr. 397), durch die bei Erfüllung wiederholte ausdrückliche Zusicherung der vertragsmäßigen Beschaffenheit der Ware (ROH. 2 192, 5 323, 10 338, RG. 1 299), durch Fortlassung eines Zeichens, wie es für Ware der gelieferten Art vorgeschrieben (RG. 1 299), durch Übermalung der mangelhaften Stelle (RG. 16 V 03 JW. Beil. 99[223]). — Keine Arglist jedoch liegt vor, wenn dem Bewußtsein des Verkäufers die Möglichkeit, daß der Käufer im Fall der Entdeckung des Mangels die Leistung nicht als vertragsgemäß gelten lassen werde, nur als eine sehr entfernte vorschwebt (RG. 56 78).

Über Arglist bei Kauf unter der Klausel tel quel vgl. § 346 Anm. III b „tel quel". Über Arglist bei Abschluß des Kaufvertrags vgl. auch Anhang zu § 377 Anm. III d 2.

2. Wirkung des arglistigen Verschweigens. Als Wirkung eines arglistigen Verschweigens des Mangels seitens des Verkäufers ist in § 377 Abs. 5 bezeichnet, daß der Verkäufer „sich auf diese Vorschriften nicht berufen kann". Unter „diese Vorschriften" ist § 377 Abs. 1—4 zu verstehen. Der Käufer seinerseits kann nie in die Lage kommen, sich auf § 377 Abs. 1—3 zu berufen, weil diese Bestimmungen nach ihrem Inhalt unter keinen Umständen ihm zu gut kommen können; im vorliegenden Fall kann er aber auch ferner nicht in die Lage kommen, sich auf § 377 Abs. 4 zu berufen, da nach Abs. 5 der Verkäufer ihm nicht entgegensetzen kann, daß die in § 377 Abs. 1, 3 vorgeschriebene Anzeige erforderlich gewesen, und daher die in Abs. 2, 3 geordnete Wirkung einer Unterlassung rechtzeitiger Anzeige eingetreten sei. In Wahrheit kann sich daher im Fall arglistigen Verschweigens des Mangels seitens des Verkäufers keine von beiden Vertragsparteien auf § 377 Abs. 1—4 berufen. Noch weniger irgend ein Dritter oder etwa das Gericht von Amts wegen (vgl. Anhang zu § 377 Anm. XII b 3). Trotz der beschränkenden Fassung des Abs. 5 ist dieser daher dahin zu verstehen, daß im Fall arglistigen Verschweigens nicht nur der Verkäufer sich nicht auf § 377 Abs. 1—4 berufen kann, sondern daß in diesem Fall § 377 Abs. 1—4 überhaupt außer Anwendung bleibt. Allerdings nur in Ansehung der arglistig verschwiegenen Mängel; nicht etwa auch in Ansehung anderer, nicht arglistig verschwiegener (ebenso Staub Anm. 130; vgl. oben Anm. VI a 1 betreffs Rüge mehrerer Mängel). In Ansehung ersterer tritt aber nach Vorstehendem — da § 377 Abs. 1—4 ganz außer Anwendung bleibt — überhaupt keine auf § 377 zu stützende Anzeigepflicht und noch weniger (unten Anm. VIII a) eine auf § 377 zu stützende Untersuchungspflicht ein; ein Unterlassen der Anzeige steht dem Käufer daher auch dann nicht entgegen, wenn dieses Unterlassen ohne ursächlichen Zusammenhang mit der Arglist ist (zust. RG. 55 212 gegen die nach früherem Recht ergangene Entscheidung RG. 21 IX 97 JW. 549[22]), z. B. wenn Käufer garnicht untersucht (vgl. BGB. § 460), oder wenn er trotz des Verschweigens den Mangel, sei es durch Untersuchung, sei es ohne solche, nach der Ablieferung entdeckt hat (dagegen Staub Anm. 131); nur zum Schutz des redlichen Verkäufers sollen die Vorschriften des § 377 Abs. 1—4 dienen. Ist aber die Anwendung des § 377 ausgeschlossen, so bleiben doch die allgemeinen Vorschriften des BGB. — soweit nicht dort ihre Anwendung für den Fall der Arglist ausdrücklich ausgeschlossen ist — bestehen, und von diesem Gesichtspunkt aus ist unter Umständen ein Vorbehalt oder eine Anzeige erforderlich (Staub Anm. 132), nämlich in denselben Fällen, in denen sie immer dann erforderlich bleibt, wenn § 377 nicht anwendbar ist (oben Anm. I);

schweigt in solchem Fall der Käufer still, so kann hierin unter Umständen ein Verzicht auf Geltendmachung der Mängel gefunden werden (RG. 1 300). — Der Rechtssatz, daß Verkäufer bei arglistigem Verschweigen sich nicht mit der Versäumung einer rechtzeitigen Mängelanzeige verteidigen kann, ist vom deutschen Richter selbst dann anzuwenden, wenn an sich ausländisches Recht maßgebend ist, das ihn nicht enthält (RG. 46 196).

VIII. **Wirkung der Erstattung rechtzeitiger Anzeige.**

a. **Die Anzeige ist allein wesentlich**, nicht die etwa vorhergehende Untersuchung. Dies ist aus § 377 Abs. 2—4 abzuleiten, wo nur die Anzeige erwähnt wird. Der § 377 Abs. 1, der die Untersuchungspflicht neben die Anzeigepflicht stellt, muß daher, damit er mit jenen entscheidenden Vorschriften in Übereinstimmung gelangt, dahin ausgelegt werden, daß er nicht eine selbständige Untersuchungspflicht vorschreiben (ROH. 5 252, 13 10), sondern lediglich den spätesten zulässigen Zeitpunkt der Anzeige durch Bezugnahme auf den für eine Untersuchung erforderlichen Zeitraum bestimmen will (RG. 8 VII 02 JW. 425[22]). Die Anzeige ist daher — vorausgesetzt, daß der gerügte Mangel sich demnächst als vorhanden herausstellt — ausreichend auch, wenn eine Untersuchung garnicht stattgefunden (ROH. 12 92, 18 204), oder wenn bei ihr der Mangel sich nicht gezeigt hat. Genügend ist daher auch eine schon vor der Ablieferung erfolgte Anzeige (oben Anm. VI c 1). Genügend auch eine Anzeige, in der entweder auf Grund einer nur vorläufigen und auf unzuverlässige Art vorgenommenen Untersuchung (RG. 47 23) oder auf Grund bloßer Vermutung (ROH. 12 92), oder sogar ohne eigene Überzeugung vom Vorhandensein der Mängel (ROH. 13 10, RG. 8 XII 03 HoldheimsMSchr. 04 70, vgl. RG. 47 121) oder auf Grund von Mitteilungen Dritter (ROH. 2 236, 5 250, 8 225, 12 92) ein Mangel gerügt wird. Stellt sich in solchem Fall dann nachträglich heraus, daß in Wahrheit die Ware nicht mangelhaft war, so kann jene verschuldet falsche Anzeige eine Schadensersatzpflicht des Anzeigenden zur Folge haben RG. 47 23). — Der Verkäufer trägt die Gefahr der Übermittlung der Anzeige (oben Anm. VI b).

b. **Wirkung**: „Erhaltung der Rechte des Käufers" (§ 377 Abs. 4). Die Erstattung der Anzeige erzeugt mithin nicht neue Rechte, sondern erhält nur die vorhandenen. Welches diese letzteren Rechte sind, ist aber nicht aus dem HGB. ableitbar, sondern muß aus dem BGB. entnommen werden. In der Regel werden diejenigen Rechte in Betracht kommen, die nach BGB. §§ 459 ff. bei Vorliegen eines Sachmangels gegeben sind; über diese Rechte vgl. Anhang zu § 377. Soweit der § 377 auch auf Viehkäufe anwendbar ist (§ 382 Anm. IV b) treten an deren Stelle zum Teil die Vorschriften des BGB. §§ 487—491 (BGB. § 492). Über die Frage, ob bei allen unter § 377 fallenden Arten von Werkverträgen die für den Kauf gegebenen Gewährleistungsvorschriften zur Anwendung kommen, vgl. § 381 Anm. II; über die Frage, welche sachlichen Vorschriften zur Anwendung kommen, wenn die als erst herzustellen versprochene Eigenschaft der Kaufsache fehlt, vgl. oben Anm. IV b 2. Wollte man annehmen, daß § 377 sich auch auf den Fall der Annahmeweigerung bezieht (verneint oben Anm. III a 2), so würde ferner in Frage kommen, ob unter den erhaltenen Rechten auch die aus einem Leistungsverzug sich ergebenden mitbegriffen sind (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. II d 3). Soweit der § 377 auf Grund seiner Anführung in § 378 anwendbar ist, sind die „erhaltenen Rechte" nicht die Gewährleistungsansprüche, sondern in der Regel die aus nichtrechtzeitiger Lieferung oder Leistungsverzug entstehenden (§ 378 Anm. V). Die „erhaltenen Rechte" sind nicht die Gewährleistungsansprüche, sondern die Ansprüche aus dem Kommissionsvertrag, insoweit § 377 auf Grund des § 391 zur Anwendung kommt.

c. **Beweissicherung.** Über das Recht beider Parteien, Beweisaufnahme behufs Beweissicherung zu beantragen, bestimmt CPO. §§ 485 ff. Der namentlich in Betracht kommende § 488 CPO. lautet:

„Die Beweisaufnahme kann, auch ohne daß die Voraussetzungen des § 485 vorliegen, beantragt werden, wenn Mängel einer Sache oder eines Werkes festzustellen sind, aus denen ein Recht gegen den Gegner hergeleitet werden soll, oder wenn der Zustand eines Gutes festzustellen ist, für dessen Beweis ein Kommissionär, Speditör, Lagerhalter oder Frachtführer zu sorgen verpflichtet ist.

Hat der Erwerber einer Sache dem Veräußerer einen Mangel angezeigt oder die An-

nahme der Sache wegen Mangelhaftigkeit abgelehnt, so kann auch der Veräußerer die Beweisaufnahme nach Maßgabe des Abs. 1 beantragen. In gleicher Weise ist der Unternehmer eines Werkes zu dem Antrage berechtigt, wenn der Besteller ihm einen Mangel angezeigt oder die Abnahme des Werkes wegen Mangelhaftigkeit verweigert hat."

Der § 488 CPO. enthält keine bloße Ermächtigung des Gerichts, sondern verpflichtet das Gericht, auf Antrag die Beweisaufnahme anzuordnen (RG. **49** 389). Die Erheblichkeit der Tatsachen ist nicht Voraussetzung für die Notwendigkeit eines Anordnens der Beweisaufnahme; das Gericht hat die Beweiserheblichkeit nicht zu prüfen; insbesondere hat der Verkäufer das Recht aus CPO. § 488 Abs. 2 noch, nachdem der Käufer sein Recht aus CPO. § 488 Abs. 1 bereits ausgeübt hat, und ohne daß er ein besonderes Interesse glaubhaft zu machen braucht (RG. **49** 389). Bei beantragter Vernehmung von Sachverständigen ist dem Gericht eine Auswahl mindestens insoweit entzogen, daß es auch die vom Antragsteller bezeichneten Personen als Sachverständige vernehmen muß (RG. **49** 391).

d. **Rücknahme** der Mängelanzeige. Die Anzeige ist keine Willenserklärung (oben Anm. VI a 2, Kipp in Festg. f. Koch 115). Tatfrage ist, ob eine etwa erklärte Rücknahme der Anzeige nur als ein keine Willenserklärung enthaltendes Zugeständnis der Unrichtigkeit der früheren Anzeige oder als ausdrückliche Erklärung, daß die Ware nunmehr genehmigt werde, anzusehen ist. In ersterem Fall kann auf Grund der Behauptung, daß das abgegebene Zugeständnis seinerseits unrichtig sei, auf die frühere Mängelanzeige zurückgegriffen werden (Kipp aaO.); indessen in entsprechender Anwendung des § 377 nur, wenn der Widerruf des Zugeständnisses binnen der in § 377 angegebenen Fristen nach Abgabe des Zugeständnisses erfolgt. Ob in Rücknahme der angestellten Wandlungsklage eine Rücknahme der in der Klagezustellung enthaltenen Mängelanzeige enthalten, ist Auslegungsfrage (RG. **59** 154).

IX. **Abweichende Vereinbarungen.**

a. **Zulässigkeit.** Der § 377 Abs. 1—4 ist vertragergänzend, der § 377 Abs. 5 zwingend (vgl. BGB. § 276 Abs. 2, § 476) in dem Sinn, daß nicht im voraus vereinbart werden kann, daß § 377 Abs. 1—4 auch bei Arglist des Verkäufers persönlich (vgl. BGB. § 278 Satz 2) gelten solle. Wirksam ist daher jede im voraus getroffene Vereinbarung einer Abweichung von den Vorschriften des § 377 Abs. 1—4 (und in Ansehung einer Arglist der Vertreter oder Gehilfen auch von den Vorschriften des § 377 Abs. 5) und jede nachträgliche Vereinbarung (vgl. entsprechend Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVII a 2) über Abänderung der auf Grund des § 377 Abs. 1—5 eingetretenen Folgen. Eine vereinbarte Abänderung des § 377 Abs. 1—4 zum Nachteil des Käufers gilt aber ebensowenig, wie überhaupt der § 377 Abs. 1—4, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat (Staub Anm. 30), und die Vereinbarung getroffen ist, bevor der Käufer Kenntnis vom Mangel erlangt hatte. Ein nachträglicher Verzicht des Verkäufers auf die durch Anzeigeversäumnis des Käufers erworbenen Rechte liegt z. B. in dem Versprechen einer Beseitigung der Mängel (ROH. **19** 334), in der Festsetzung eines neuen Zeitpunkts für den Beginn der Untersuchung (Bolze **16** Nr. 416), in nachträglicher Übernahme der Gewähr für gute Beschaffenheit der Ware (Bolze **3** Nr. 706), in Anerkennung der Mangelhaftigkeit und Verhandlung über die Höhe des zu ersetzenden Schadens (OLG. Hamburg 15 IV 05 OLGRspr. **11** 412). Dagegen im Zweifel nicht schon in vorbehaltlos geführten Vergleichsverhandlungen über die Frage, ob das Vorhandensein eines verspätet angezeigten Mangels anzuerkennen sei (OLG. Hamburg 15 IV 05 OLGRspr. **11** 412). — Inwieweit Geschäftsgebräuche einem vertragergänzenden Gesetz vorgehen, vgl. § 346 Anm. I d 3, II b 4. Durch § 346 würde indessen nur ein Geschäftsgebrauch gedeckt, der dahin ginge, daß bestimmte Mängel trotz Nichtrüge nicht als genehmigt gelten. Dagegen berührt § 346 nicht die Frage, was als „ordnungsmäßiger Geschäftsgang" zu erachten (hierüber oben Anm. V a 3, b 1), denn dies ist eine Tatsache, keine „Bedeutung" oder „Wirkung" von „Handlungen und Unterlassungen". — Über die Wirkung einseitiger Vermerke auf der Rechnung vgl. § 346 Anm. III a 4, über die Wirkung von Vermerken in Katalogen und Preisverzeichnissen vgl. 346 Anm. III a 8.

b. **Keine Form** braucht eingehalten zu werden, um die Vereinbarung zu treffen. Auch stillschweigend kann die Vereinbarung erfolgen (Beispiele unten zu c 2). Inwieweit ein ein=

seitiger Vordruck auf der Rechnung oder der Kommissionskopie erheblich ist, vgl. § 346 Anm. III a 4.

c. **Beispiele.**

1. Erlaß der Anzeigepflicht ist zulässig (Staub Anm. 30). Kein solcher Erlaß liegt jedoch in einer Zusage „die Ware jederzeit zurücknehmen zu wollen" (OLG. Frankfurt 28 VI 92 ZHR. **43** 368). Ein etwa vereinbarter „Erlaß der Untersuchungspflicht" ist, da nach § 377 überhaupt keine Untersuchungspflicht als solche besteht (oben Anm. VIII a), auszulegen als eine vereinbarte Verlängerung der Anzeigefrist; und zwar je nach den Umständen z. B. als eine Verlängerung in der Weise, daß auch erkennbare Mängel wie nichterkennbare behandelt werden sollen, also alle Mängel erst unverzüglich nach der Entdeckung anzuzeigen sind (vgl. unten zu 5), oder z. B. als eine Verlängerung in der Weise, daß die erkennbaren Mängel erst unverzüglich nach rechtzeitiger Untersuchung durch den Abnehmer des Käufers (vgl. unten zu 2) oder nach Untersuchung durch einen sachverständigen Dritten (vgl. unten zu 3) anzuzeigen sind.
2. Änderung der Anzeigefrist. Zulässig ist sowohl die Verlängerung (ROH. **2** 379, **24** 260), wie auch — innerhalb der oben zu a hervorgehobenen Grenzen — die Verkürzung oder sonstige Abänderung zum Nachteil des Käufers. Eine Verlängerung der Anzeigefrist liegt auch in der vertragsmäßigen Hinausschiebung des Zeitpunkts, wann die Untersuchung zu beginnen hat; so z. B. in der Erklärung, „Käufer brauche nicht vor Verwendung der Ware zu untersuchen" (Bolze **8** Nr. 501) oder „er brauche sich nicht zu entscheiden, bevor er die gelieferte Maschine bei dem Verkäufer in Betrieb gesehen habe" (OLG. Celle 20 I 02 OLGRspr. **6** 92) oder „als Ablieferungsort gilt der überseeische Bestimmungsort" (§ 346 Anm. III b 2). Daß in einem vereinbarten „Erlaß der Untersuchungspflicht" eine Verlängerung der Anzeigefrist liegt, vgl. oben zu 1. Eine stillschweigende Verlängerung der Anzeigefrist ist als erfolgt anzusehen, wenn dem Verkäufer bekannt war oder sein mußte, daß nach der Art der Ware oder nach der vereinbarten oder in Aussicht genommenen Art der Ausführung einer Versendung oder sonstigen Ablieferung an den Abnehmer des Käufers eine Untersuchung durch den Käufer vor der Weitergabe der Ware unausführbar sei (vgl. ROH. **15** 132, Staub Anm. 30). So z. B., wenn die Ware nur durch Verbrauch oder unter Beschädigung der für die Weiterveräußerung beizubehaltenden Urverpackung untersuchbar wäre und nicht die Voraussetzungen (oben Anm. V b 4) vorliegen, unter denen eine Untersuchung durch Stichproben geboten ist (ROH. **10** 147; ist hingegen Untersuchung durch Stichproben geboten, so im Zweifel keine Hinausschiebung der Anzeigefrist, ROH. **17** 217, RG. **57** 12); oder wenn dem Verkäufer bekannt ist, daß die Weiterbeförderung der Ware durch den Käufer an dessen Abnehmer so schleunig erfolgen muß, daß eine vorherige Untersuchung unausführbar ist (ROH. **2** 236, **10** 147); oder wenn dem Verkäufer aufgegeben ist, die Ware unmittelbar an einen Dritten zu versenden, der, wie dem Verkäufer bekannt, nicht nur Besitzdiener des Käufers oder Fremdbesitzer für ihn (über diese Fälle oben Anm. V a 3, c 2), sondern Eigenbesitzer der Ware werden soll. In solchen Fällen ist im Zweifel als vereinbart anzusehen, daß der Käufer unverzüglich nach demjenigen Zeitpunkt rügen muß, zu welchem ihm die Rüge des Weiterkäufers, wenn sie im Verhältnis des Käufers zum Weiterkäufer rechtzeitig von letzterem abgesendet wäre, zugehen mußte, daß aber Verkäufer auch die Gefahr der Übermittelung durch den Weiterkäufer an den Käufer trägt. Die Mitteilung an den Verkäufer, daß die Ware zur Weiterversendung bestimmt ist, enthält allein, wenn die obigen ferneren Merkmale nicht vorliegen, keine Vereinbarung über Verlängerung der Anzeigefrist (ROH. **10** 146, Bolze **4** Nr. 734); auch dann nicht, wenn Weiterversendung über See in Aussicht genommen war (ROH. **24** 259). Wird vereinbart, daß Untersuchung erst durch den dritten Empfänger am Bestimmungsort vorzunehmen sei, so liegt hierin im Zweifel eine Verlängerung der Frist nur bis zur Tunlichkeit nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang nach Ankunft bei dem Dritten am Bestimmungsort, nicht darüber hinaus (OLG. Hamburg 1 V 03 OLGRspr. **7** 2). — Auch nach bereits eingetretener Versäumung rechtzeitiger Anzeige kann eine Verlängerung der Anzeigefrist gültig vereinbart werden (Bolze **16** Nr. 416; oben zu a). —

Über die Klausel „Reklamationen werden nur innerhalb 8 Tagen nach Empfang berücksichtigt" vgl. § 346 Anm. IIIb 2.

3. Vereinbarung maßgebender Untersuchung durch einen Dritten. In einer solchen Vereinbarung kann je nach dem näheren Inhalt des Abkommens entweder die Festsetzung einer jedenfalls zu beachtenden Form liegen (so bei dem im Getreidehandel etwa bestehenden Handelsgebrauch, daß Rüge ohne alsbaldige Sachverständigenuntersuchung unwirksam, KG. 9 XI 03 KGBl. 04 7) oder die Unterwerfung unter den sachlichen Ausspruch eines Dritten für den Fall eines Streits. Die in letzterem Fall erfolgende Feststellung des Dritten unterliegt nicht den Regeln über das schiedsrichterliche Verfahren (OLG. Hamburg 17 VI 04 OLGRspr. 9 274), da es sich nur um Feststellung eines Tatbestands, nicht um Abgabe eines rechtlichen Urteils über einen bestimmten Anspruch handelt. Die Parteien können im Zweifel nicht vorherige Anhörung verlangen (OLG. Hamburg aaO.). Im Zweifel ist bindend für beide Teile nur das Urteil des Dritten über den Zustand der Ware bei Ablieferung und die Höhe des etwaigen Minderwerts; offen bleibt dagegen die Entscheidung darüber, ob ein etwa vorgefundener Zustand schon bei Absendung vorhanden gewesen oder erst während der Beförderung entstanden ist (OLG. Hamburg 17 VI 04 OLGRspr. 9 274). — Gleichfalls von den Umständen des Einzelfalls wird es abhängen, ob durch jene Vereinbarung der § 377 vollständig beseitigt (oben zu 1), oder ob nur die Anzeigefrist in der Weise verlängert werden sollte (oben zu 2, ROH. 2 235, 10 147), daß die Anzeige erst unverzüglich nach Kenntnisnahme von dem Ergebnis der Untersuchung des Dritten erfolgen muß (so z. B. bei Vereinbarung, daß nach Ankunft das Gewicht amtlich festzustellen, Bolze 5 Nr. 679), oder ob — was bei Vereinbarung einer „Arbitrage" anzunehmen (ROH. 18 204) — zwar die Anzeige sofort, die nähere Bezeichnung der Mängel aber erst nach der Untersuchung des Dritten geschehen muß. Über die Geschäftsklausel „Arbitrage" vgl. § 346 Anm. IIIb 2.

4. Ausfallprobe.

α. Begriff. Die Worte „Ausfallprobe" oder „Ausfallmuster" haben zwei Bedeutungen. Bisweilen bezeichnen sie einen Teil einer vorhandenen, ausgeschiedenen (RG. 47 133) Ware, der entnommen wird, damit man daraus die Beschaffenheit der Ware erkenne, bisweilen einen fertiggestellten Teil einer erst in der Herstellung begriffenen Ware, aus dem ein Schluß auf die Beschaffenheit der erst künftig in gleicher Weise herzustellenden Ware gezogen werden soll (RG. 24 IV 06 JW. 400[22]). Eine Ausfallprobe liegt nur vor, wenn der Verkäufer die Probe mit der Absicht, daß sie als Ausfallprobe zur Untersuchung gemäß § 377 dienen solle, übersendet (RG. 24 IV 06 JW. 400[22]). Durch Übergabe einer Ausfallprobe erklärt Verkäufer, daß die zu liefernde Ware so ausfalle, wie die Probe es darstelle (RG. 47 133).

β. Pflicht oder Recht zur Untersuchung der Probe? In dem Bedingen vorheriger Einsendung einer Ausfallprobe kann die Abrede liegen, daß der Käufer verpflichtet sein soll, schon diese Probe zu untersuchen mit der Wirkung, daß Unterlassung rechtzeitiger Rüge von erkennbaren Mängeln der Probe als Genehmigung der entsprechenden Mängel der Ware gilt (Bolze 7 Nr. 585, 9 Nr. 406, RG. 24 X 02 JW. Beil. 279[227]; weitergehend erachten diese Auslegung als in der Regel geboten OLG. Dresden 30 IX 91 ZHR. 43 369, Lehmann Nr. 49, Düringer-Hachenburg Anm. III 3; dahinstellend RG. 24 IV 06 JW. 400[22]); so namentlich bei überseeischen Geschäften, wenn der Verkäufer die Einsendung der Ausfallprobe als Vertragsbedingung vorgeschlagen hatte (OLG. Hamburg 10 III 90 ZHR. 40 510), oder wenn auch ohne solche ausdrückliche Bedingung die Ablieferung und Abnahme an einem weit entlegenen überseeischen Platz geschehen soll (ROH. 7 257, OLG. Hamburg 13 XI 03 OLGRspr. 9 273, RG. 24 IV 06 JW. 400[22]), oder wenn, wie dem Käufer bekannt, der Verkäufer die Ware, aus der die Probe entnommen ist, zur Erfüllung des Vertrags erst anschaffen oder erst in deren begonnener Anfertigung fortfahren muß (OLG. Hamburg 13 XI 03 OLGRspr. 9 273, RG. 24 IV 06 JW. 400[22], OLG. Karlsruhe 25 V 05 OLGRspr. 11 413), überhaupt wenn dem Käufer erkennbar ist, daß durch sofortige

Beanstandung der Ausfallprobe der Verkäufer vor erheblichem Schaden bewahrt werden kann (OLG. Hamburg 13 XI 03 OLGRspr. 9 273). In der Regel jedoch wird in dem Bedingen vorheriger Einsendung einer Ausfallprobe nur die Abrede gefunden werden dürfen, daß der Käufer berechtigt sein soll, die Übereinstimmung dieser Probe mit der Ware zu unterstellen und demgemäß bereits auf Grund der Probe die Ware bis zum Gegenbeweis ihrer Vertragsmäßigkeit zu beanstanden (ROH. 7 257, OLG. Hamburg 10 III 90 ZHR. 40 510). Erst nachträglich an der Ausfallprobe hervortretende verborgene Mängel sind nach Entdeckung unter denselben Voraussetzungen anzuzeigen, unter denen erkennbare Mängel der Ausfallprobe nach Vorstehendem anzuzeigen sind (dagegen, Anzeigepflicht bezüglich nachträglich hervortretender Mängel leugnend, Düringer-Hachenburg Anm. III 3e).

γ. Stillschweigende Vereinbarung oder Verkehrsüblichkeit der Untersuchung. Ist weder ausdrücklich noch stillschweigend eine Vereinbarung über Untersuchung einer Ausfallprobe getroffen und diese Untersuchung bei der betreffenden Geschäftsart auch nicht verkehrsüblich, so reicht die einseitige Zusendung nicht hin, um eine Pflicht des Käufers zur Untersuchung der Ausfallprobe zu begründen (RG. 24 VI 06 JW. 400[22]). Der Käufer darf daher eine unter solchen Umständen ihm übersandte Ausfallprobe zurücksenden oder sonst deren Untersuchung ablehnen. Eine stillschweigende Vereinbarung kann darin liegen, daß nach dem Geschäftsverkehr der Parteien eine solche Untersuchung üblich ist (RG. 24 IV 06 JW. 400[22]). Verkehrsüblich ist die Untersuchung einer Ausfallprobe in denselben (oben zu β erwähnten) Fällen, in denen eine etwa ausdrücklich erfolgte Vereinbarung über Einsendung einer Ausfallprobe als eine Pflicht zu deren Untersuchung begründend anzusehen ist (RG. 24 IV 06 JW. 400[22]). Wird in einem solchen Fall (auch ohne vorherige Vereinbarung) eine Ausfallprobe übersandt, so ist daher der Käufer verpflichtet, etwaige Mängel der Probe alsbald zu rügen; auch durch Rücksendung der Probe wird er nicht dieser Pflicht ledig.

δ. Folge erstatteter Mängelanzeige. Hat der Käufer auf Grund der Probe Mängelanzeige erstattet, so braucht er, um die Ware zu bemängeln, zunächst nur die Vertragsmäßigkeit der Probe zu bestreiten, indem er behauptet, daß die Probe Mängel aufweist. Verkäufer ist jedoch dann berechtigt, seinerseits den Beweis zu erbringen, daß gleichwohl die Ware von besserer und dem Vertrag genügender Beschaffenheit sei (RG. 47 134). Die Folgen, die bei Erbringung dieses Gegenbeweises trotz Mangelhaftigkeit der Ausfallprobe eintreten, sind ebenso zu beurteilen wie bei Mangelhaftigkeit gezogener Stichproben trotz Vertragsmäßigkeit der Ware als Ganzes; hierüber oben Anm. V b 4. Jedenfalls enthebt die Bemängelung der Ausfallprobe den Käufer noch nicht der Notwendigkeit, auch bezüglich der ihm später trotz jener Bemängelung etwa zugegangenen Ware von neuem Mängelanzeige zu erstatten (ROH. 7 428).

ε. Folge unterlassener Mängelanzeige in den Fällen, in denen der Käufer zur Untersuchung der Ausfallprobe verpflichtet (oben zu β, γ), ist, daß, soweit die Ausfallprobe mit der vorhandenen oder herzustellenden Ware übereinstimmt, diese Ware als nach näherer Maßgabe des § 377 genehmigt gilt (RG. 24 IV 06 JW. 400[22]).

ξ. Reisemuster, d. h. Warenproben, die dem Käufer übergeben werden, damit er auf Grund derselben schon vor Lieferung der Ware seinerseits Bestellungen aufnehmen kann, sind nicht Ausfallproben in dem Sinn, daß Käufer zu ihrer Untersuchung bei Verwirkung der Zulässigkeit späterer Mängelrüge verpflichtet wäre (KG. 16 IX 99 KGBl. 81).

5. Gewährvertrag enthält keine Abänderung des § 377, insbesondere keinen „Erlaß der Untersuchungspflicht" (vgl. oben zu 1) dahin, daß auch erkennbare Mängel erst nach Entdeckung angezeigt werden müßten (ROH. 9 15, RG. 2 XI 00 JW. 829[8], Bolze 8 Nr. 497, 16 Nr. 421). Doch braucht die Anzeige erst erstattet zu werden, sobald wahrscheinlich geworden ist, daß die aufgetretenen Schäden in einer Mangelhaftigkeit der Ware ihren Grund haben (OLG. Hamburg 12 II 01 OLGRspr. 2 249). Über die wahre Bedeutung des Gewährvertrags vgl. Anhang zu § 377 Anm. XIe.

X. **Welches Orts Recht ist maßgebend?** Die Frage, ob und von wann an es einer unverzüglichen Mängelanzeige bedürfe, ist eine Frage der Erfüllungspflicht des Käufers (RG. 46 195). Nach bisheriger Rechtsprechung ist sie daher nach dem Recht des Orts zu beurteilen, wo der Käufer zu erfüllen hatte (RG. 46 195, OLG. Hamburg 15 IV 04 OLGRspr. 9 272). So auch, wenn die erstattete Mängelanzeige nicht als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Annahmeweigerung, sondern als Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Schadensersatzanspruchs des Käufers in Betracht kommt (OLG. Hamburg 4 II 02 OLGRspr. 6 355). Über die neuere Rechtsprechung, daß für vertragliche Verpflichtungen im Zweifel nicht das Recht des Erfüllungsorts, sondern das Personrecht des Schuldners maßgebend sei, vgl. § 349 Anm. Id 8.

Anhang zu § 377.

Rechte des Käufers bei Sachmangel.

I. **Maßgebend ist BGB. §§ 459 ff.** für den Fall des Kaufs. Dieselben Bestimmungen sind entsprechend anwendbar bei Tausch (BGB. § 515) und bei anderen Verträgen, die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind (BGB. § 493; vgl. HGB. § 373 Anm. III a, b). Ob sie auch auf bestimmte Arten von Werkverträgen anwendbar sind, vgl. § 373 Anm. III d, § 381 Anm. II. Teilweise abweichende Vorschriften bestehen nach BGB. §§ 481 ff. für den Fall des Kaufs bestimmter Tiere (vgl. § 382). Im Folgenden sollen nur die für den Fall des gewöhnlichen Kaufs beweglicher Sachen geltenden Grundsätze dargestellt werden, ohne Berücksichtigung der für den Viehkauf geltenden Abweichungen. Ob diese Grundsätze in allen Fällen, auf die der § 377 anwendbar ist, zur Anwendung kommen, vgl. § 377 Anm. VIII b, § 378 Anm. I. Ob Gewährleistungsansprüche auch vor Gefahrübergang oder Übergabe der Sache geltend gemacht werden können, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. II d 2. Ob bei Nichtannahme der mangelhaften Leistung neben den Gewährleistungsansprüchen auch die Rechte aus Leistungsverzug des Verkäufers zur Auswahl stehen, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. II d 3.

II. **Gemeinsame Voraussetzungen** aller Rechte des Käufers wegen Sachmängel.

a. **Allgemeines.** Gemeinsame Voraussetzung ist, daß es sich überhaupt um einen Mangel („Fehler“ oder mangelnde zugesicherte Eigenschaft, § 377 Anm. IV) handelt, für den der Verkäufer haftet, und — falls die Voraussetzungen des § 377 vorliegen (§ 377 Anm. II—IV) und kein arglistiges Verschweigen des Mangels stattgefunden hat (§ 377 Anm. VII b) — daß der Käufer durch rechtzeitige Mängelanzeige (§ 377 Anm. V, VI, VIII a) seine Rechte sich erhalten hat (§ 377 Anm. VIII b). Für welche Mängel aber der Verkäufer haftet, ist in BGB. §§ 459—461 bestimmt. Ob Voraussetzung aller Gewährleistungsansprüche entweder Übertragung des Besitzes der Sache an den Käufer oder Übergang der Gefahr auf ihn ist, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. II d 2.

b. **Der Verkäufer haftet nicht trotz Vorliegens eines Sachmangels in folgenden Fällen:**

1. Kenntnis des Käufers vom Mangel bei Abschluß des Kaufs (BGB. § 460 Satz 1; über den Mangel einer als erst herzustellen zugesicherten Eigenschaft vgl. § 377 Anm. IV b 2), und zwar selbst dann, wenn der Verkäufer den Mangel verschwiegen (RG. 12 VII 02 JW. Beil. 262[183]) und hierbei arglistig gehandelt hat.
2. Unkenntnis des Käufers vom „Fehler“, falls das Unbekanntbleiben auf

grober Fahrlässigkeit des Käufers beruht; anders jedoch, wenn der Verkäufer die Abwesenheit des Fehlers zugesichert oder dessen Vorhandensein arglistig verschwiegen hat (BGB. § 460 Satz 2).

3. Veräußerung auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter Bezeichnung der Sache als Pfand (BGB. § 461), oder auf Grund einer Pfändung (CPO. § 806). In diesen Fällen haftet der Verkäufer nicht für „Fehler" (ebenso — trotz weitergehenden Wortlauts des Gesetzes — Planck[3] § 461 Anm. 1b, Dernburg[3] 2 § 184 VII).

4. Vertragliche Beschränkung oder Ausschließung der Haftung. Der Verkäufer haftet nicht, insoweit die Haftung vertraglich beschränkt oder ausgeschlossen ist, außer wenn der Verkäufer den Mangel arlistig verschwiegen hat (BGB. § 476; unten Anm. XIc.

c. **Der Käufer verliert etwa begründete Rechte in folgenden Fällen:**

1. Vorbehaltlose Annahme der Sache trotz Kenntnis vom Mangel. Dies ist zwar nur bezüglich der in Anm. IIIa—d aufgeführten Rechte ausdrücklich bestimmt (BGB. §§ 464, 480), muß aber wohl auch bezüglich des in Anm. IIIe aufgeführten Rechts gelten und gilt auch, wenn die Klage auf eine in dem Verschweigen des Mangels liegende unerlaubte Handlung gestützt wird (RG. 59 105). Fahrlässige Nichtkenntnis steht nicht der Kenntnis gleich (Planck[3] § 464 Anm. 1b). Schon bei Annahme der Besitzübertragung muß der Vorbehalt gemacht werden, da sie einen Anfang der Erfüllung enthält (RG. 58 263; mithin auch im Fall HGB. § 373 Anm. V b 2). Eine allgemeine Fassung des Vorbehalts genügt (Staub § 377 Anm. 102). Damit aber die Annahme der als fehlerhaft erkannten Kaufsache vor der Deutung als Verzichtshandlung geschützt ist, bedarf es einer dem Verkäufer erkennbaren entgegengesetzten Willensbetätigung des Käufers (RG. 58 263). Ein schon vor Annahme der Sache erklärter Vorbehalt genügt, wenn er nur bei den nachfolgenden Annahmehandlungen erkennbar aufrechterhalten wird; eine ausdrückliche Wiederholung ist nicht erforderlich (RG. 58 263).

2. Erlaßvertrag. Über stillschweigenden Abschluß eines solchen Vertrags vgl. § 346 Anm. IIIa 4; über Verzicht nur auf Wandlung vgl. unten Anm. IIIa 4. Ein Verzicht auf alle Gewährleistungsansprüche kann unter Umständen liegen in einer Weiterveräußerung, die nach erfolgter Verfügungstellung und vor Geltendmachung eines Anspruchs auf Schadensersatz oder Preisminderung geschieht (ROH. 22 36, RG. 17 68), zumal wenn der Käufer dem Verkäufer die erfolgte Weiterveräußerung verschweigt (RG. 54 81). Dagegen weder in einer Weiterveräußerung vor Verfügungstellung (RG. 7 VI 01 JW. 541[10]), noch in einer Weiterveräußerung nach Geltendmachung des Preisminderungsanspruchs (unten Anm. IIIb), selbst wenn Käufer ursprünglich Annahme abgelehnt, Verkäufer demnächst aber auf Entgegennahme bestanden hatte (RG. 4 I 99 JW. 102[14]), noch in Vornahme eines Notverkaufs (§ 379 Abs. 2 D. 225), selbst wenn die Annahme, daß die Voraussetzungen für seine Zulässigkeit vorliegen, irrig war (RG. 43 37). Es besteht kein allgemeiner Handelsgebrauch des Inhalts, daß, wer trotz Rüge von Mängeln über die Ware verfüge, aller Gewährleistungsansprüche verlustig gehe (RG. 43 67).

3. Bei Versendungskauf Wegfall des bei Gefahrübergang durch Übergabe an den Frachtführer vorhanden gewesenen Mangels zur Zeit der Ablieferung der Ware an den Käufer (vgl. RG. 55 207). War der Mangel zur Zeit des Gefahrübergangs (bei Übersendungskauf auch noch bei Ablieferung) vorhanden, so verliert der Käufer die Gewährleistungsansprüche nicht dadurch, daß später der Mangel fortfällt; auch nicht, wenn dies schon vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung geschieht, auf welche hin ein Urteil ergeht (RG. 55 206).

III. **Die besonderen Voraussetzungen** der einzelnen Rechte. Über den Inhalt der einzelnen Rechte vgl. unten Anm. IV—VII. Die nachstehend zu a, b, c, d (f) aufgeführten Rechte schließen einander aus; im Einzelfall kann nur eins oder das andere ausgeübt werden, nicht gleichzeitig mehrere (BGB. §§ 462, 463, 480). Dagegen kann das zu e aufgeführte Recht neben jedem der zu b und c aufgeführten ausgeübt werden (unten zu e). Über die Art, wie die Wahl zwischen den Rechten zu a—d zu erklären ist, vgl. unten Anm. VIII.

a. **Wandlung** (= Rückgängigmachung des Kaufs). Über den Ausdruck „zur Verfügung stellen" vgl. § 346 Anm. III b 2.

Regel ist, daß dies Recht dem Käufer in jedem Fall von Sachmängeln der verkauften Sache zusteht (BGB. § 460); insbesondere auch bei Gattungskauf (BGB. § 480 Abs. 1). Sind mehrere Käufer oder Verkäufer beteiligt, so kann es nur von allen und gegen alle ausgeübt werden; erlischt das Recht für einen der Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen (BGB. §§ 356, 467 Satz 1; das Gegenteil gilt bei Anfechtung, RG. **56** 424).

Ausnahmen. Die Wandlung ist in folgenden Fällen ausgeschlossen:

1. Verschuldete Unmöglichkeit der Herausgabe. Hierüber bestimmt der (nach BGB. § 467 entsprechend anwendbare) § 351 BGB.:

„Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat. Der Untergang eines erheblichen Teiles steht einer wesentlichen Verschlechterung des Gegenstandes, das von dem Berechtigten nach § 278 zu vertretende Verschulden eines Anderen steht dem eigenen Verschulden des Berechtigten gleich."

Die Regel des § 351 gilt nicht nur bis zu dem Zeitpunkt der einseitigen Wandlungserklärung, sondern bis zu dem Zeitpunkt des „Vollziehens" (BGB. § 465) der Wandlung (RG. **59** 99). Keine verschuldete Unmöglichkeit liegt in einer Wertminderung oder einem Gebrauch oder Verbrauch innerhalb des für die Untersuchung des § 377 erforderlichen (§ 377 Anm. V b) Umfangs. Ebenso nicht in Einziehung fälliger Zinsscheine (RG. 23 V 01 JW. 520[10]); doch ist der eingezogene Geldbetrag als Nutzung (unten Anm. IV c 2) mitherauszugeben. Dem Fall, daß den Käufer allein ein Verschulden trifft, steht für die Anwendung des § 351 BGB. der Fall gleich, daß ihn ein überwiegendes Verschulden trifft (RG. **59** 93). Zufälliger Untergang schließt den Wandlungsanspruch nicht aus (BGB. §§ 350, 467); zufällig in diesem Sinn ist auch der vom Verkäufer zu vertretende Untergang (Planck[3] zu § 350), insbesondere auch ein durch den Sachmangel verursachter (Staub § 377 Anm. 52). Steht die Unmöglichkeit der Rückgewähr fest, so hat der Wandlungskläger die Tatsachen, die seine Befreiung von der Rückgabepflicht begründen, anzugeben und zu beweisen (RG. **56** 261, 270), insbesondere also darzulegen, daß ihn kein oder doch den Beklagten ein überwiegendes Verschulden (BGB. § 254) treffe (RG. **56** 270, RG. 23 I 04 JW. 140[6]). — Tritt erst nach dem Endgültigwerden des Wandlungsverlangens Verschlechterung, Untergang oder aus anderem Grund Unmöglichkeit der Herausgabe ein, so ist BGB. § 351 nicht anwendbar; der Käufer wird aber bei etwaigem Verschulden schadensersatzpflichtig gemäß BGB. § 347 (Planck[3] § 351 Anm. 1, OLG. Colmar 11 XII 03 OLGRspr. 8 67; unten Anm. IV c 1). — Für die Zeit, während deren der Verkäufer im Annahmeverzug mit Rücknahme der verkauften Sache ist, gilt als vom Käufer verschuldet nur das durch seinen Vorsatz oder seine grobe Fahrlässigkeit Herbeigeführte (RG. **56** 270).

2. Verarbeitung oder Umbildung. Hierüber bestimmt § 352 BGB.:

„Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat."

Nach § 467 BGB. findet auf die Wandlung der § 362 BGB. entsprechende Anwendung; doch bestimmt § 467 Halbs. 2 BGB.:

„Im Falle des § 352 ist jedoch die Wandelung nicht ausgeschlossen, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat."

Die letztere Bestimmung deckt den Fall, daß zu Untersuchungszwecken eine Bearbeitung oder Verarbeitung erforderlich war (§ 377 Anm. V b 2), und hierbei der Mangel festgestellt ist. Sie ist aber auszudehnen auch auf den Fall, daß erst nach der Umgestaltung der Mangel sich gezeigt hat (Dernburg[3] 2 § 186 II 3). — Der § 351 Satz 2 BGB. ist entsprechend anwendbar auch auf den Fall des § 352 BGB. (Planck[3] zu § 352).

3. Veräußerung oder Belastung. Hierüber bestimmt der (nach BGB. § 467 entsprechend anwendbare) § 353 BGB.:

„Hat der Berechtigte den empfangenen Gegenstand oder einen erheblichen Teil des

Gegenstandes veräußert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn bei demjenigen, welcher den Gegenstand infolge der Verfügung erlangt hat, die Voraussetzungen des § 351 oder des § 352 eingetreten sind.

Einer Verfügung des Berechtigten steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt."
Im Fall der Veräußerung oder Belastung ist hiernach in erster Reihe zu fragen, ob etwa eine vom Käufer verschuldete Herausgabeunmöglichkeit (BGB. § 351) oder vorgenommene Verarbeitung oder Umbildung (BGB. § 352) vorliegt; in zweiter Reihe (BGB. § 353) kommt dann in Betracht, ob etwa der spätere Erwerber die Herausgabeunmöglichkeit verschuldet oder Verarbeitung oder Umbildung vorgenommen hat (RG. **56** 261). Veräußerung oder Belastung allein ist daher nicht ausreichend, um die Wandlung auszuschließen (RG. **50** 189); nur dann schließt sie die Wandlung aus, wenn entweder — sei es bei dem Käufer, sei es bei dem Erwerber — die Voraussetzungen des BGB. § 351 oder die Voraussetzungen des BGB. § 352 mit der Maßgabe des BGB. § 467 Halbs. 2 eingetreten sind, oder wenn (unten zu 4) in der Veräußerung oder Belastung ein Verzicht auf den Wandlungsanspruch zum Ausdruck kommt. Zeigt sich später, daß tatsächlich infolge der Veräußerung oder Belastung der Käufer außer stande zur Rückgewähr ist, so hat der Verkäufer in BGB. § 354 ein Mittel, die Wandlung rückgängig zu machen. Lehnt derjenige, an den weiterveräußert ist, ohne daß er zur Rückveräußerung verpflichtet blieb, die Rückgabe ab, so liegt hierin nicht dessen Verschulden, sondern nur möglicherweise ein Verschulden des Wandelnden (RG. **56** 261). — Unerheblich ist für die Anwendung der vorstehenden Grundsätze, ob die Veräußerung eine freiwillige ist oder im Weg der Zwangsvollstreckung stattfindet (RG. **50** 189, **54** 224, **56** 269, **59** 93). Erklärt der Käufer von vornherein, daß er den veräußerten Gegenstand nicht zurückerwerben könne, steht daher von vornherein fest, daß der Verkäufer demnächst gemäß BGB. § 354 die Wandlung rückgängig machen kann, so kann der Verkäufer — auch wenn der Fall des BGB. § 351 nicht vorliegt, d. h. die Herausgabeunmöglichkeit unverschuldet ist — von vornherein Wandlung ablehnen (vgl. RG. **50** 190; dagegen wohl RG. **54** 225). Gegenüber dem Einwand des Verkäufers, daß Käufer nicht zurückgewähren könne, kann letzterer nicht mit Erfolg sich auf die Erwiderung beschränken, es wäre zur freiwilligen oder zwangsweisen Veräußerung nicht gekommen, wenn Verkäufer den Gegenstand sofort zurückgenommen hätte; vielmehr kommt es darauf an, inwieweit der Eintritt der Umstände, durch welche die Veräußerung verursacht worden ist, dem einen oder dem anderen Teil als Verschulden anzurechnen ist (RG. **56** 270). Ist der Wandlungsbeklagte Eigentümer der Sache geworden, so liegt für den Wandlungskläger Unmöglichkeit der Rückgabe vor (RG. **54** 224).

4. Verzicht auf den Wandlungsanspruch.

Der Käufer kann auf alle durch die mangelhafte Lieferung begründeten Ansprüche verzichten (oben Anm. IIc 2); er kann auch nur auf den Wandlungsanspruch verzichten, indem er seine übrigen Ansprüche unberührt läßt. Ist jedoch die Wahl der Wandlung endgültig geworden („die Wandlung vollzogen"), so hat auch der Verkäufer ein Recht auf sie erlangt.

Auch eine stillschweigende Erklärung des Verzichts ist zulässig (§ 346 Anm. IIIa 4). Ein solcher stillschweigender Verzicht auf Wandlung (nicht aber auf Minderung; unten zu b) ist anzunehmen, wenn der Käufer, nachdem er Kenntnis vom Mangel erlangt hat, mit der Sache in einer Weise verfährt, wie sie bei unterstellter Redlichkeit nur dem Willen auf Aufrechterhaltung des Vertrags entsprechen kann (RG. **59** 99). So, wenn er sie trotzdem dauernd benutzt (RG. **43** 69, Bolze **3** Nr. 722). Ebenso, wenn er sie trotzdem weiterveräußert (ROH. **6** 331); dies selbst dann, wenn er ursprünglich rechtzeitig gerügt hatte (Bolze **3** Nr. 722, RG. **54** 82). Doch wurde bei Vorliegen einer teilbaren Ware und Veräußerung eines unbedeutenden Teils (1000 von 20000 gekauften Stück) angenommen, daß hierin nicht notwendig ein Verzicht auf den Wandlungsanspruch auch bezüglich des Rests liege, und daß mithin trotz Veräußerung jenes Teils Wandlung bezüglich des Rests an sich zulässig bleibe (RG. **43** 67; vgl. unten Anm. IXb 3). Der

etwa in der Benutzung oder Veräußerung liegende tätliche Verzicht wird nicht durch eine wörtliche Verwahrung, z. B. nicht durch gleichzeitige Anstellung der Wandlungsklage, ungeschehen gemacht (RG. 18 IV 05 HoldheimsMSchr. 220). Schuldhafte Benutzung für sich allein hebt aber den Wandlungsanspruch nicht auf, sondern nur, wenn ferner die Voraussetzungen des BGB. § 351 (oben zu 1) vorliegen (RG. 18 IV 05 HolheimsMSchr. 221). Auch kann einer Benutzung, selbst wenn sie lange fortgesetzt ist, durch besondere Umstände die Bedeutung eines Verzichts auf Wandlung genommen werden; so z. B. wenn die Benutzung auf Bitten des Verkäufers vorläufig fortgesetzt wird oder in dessen Interesse, damit er sich selbst von der Unbrauchbarkeit des Gelieferten überzeugen könne (RG. 12 IV 04 JW. 290[11]). Ist im Einzelfall ein Verzicht auf Gewährleistungsansprüche anzunehmen, so kann auch bezüglich der Zeit zwischen Lieferung und Verzicht kein Anspruch mehr geltend gemacht werden (RG. **54** 82).

Ergibt sich *später* noch ein *anderer* Mangel, so bleibt in Ansehung *dieses* Mangels trotz der Veräußerung (oben zu 3) die Wandlung zulässig (vgl. BGB. § 475). Ist bei Vorliegen mehrerer Mängel zunächst nur Minderung wegen *eines* Mangels „vollzogen", so wird hierdurch das Recht des Käufers, wegen eines *anderen* Mangels Wandlung zu verlangen, nicht ausgeschlossen (BGB. § 475; unten Anm. VIII d), selbst wenn der Käufer bei Verlangen der Minderung wegen des ersten Mangels auch den anderen bereits kannte; doch kann unter Umständen in einem derartigen Verfahren ein Verzicht in Ansehung des zweiten Mangels auf alle Rechte oder auf das Wandlungsrecht liegen (Planck[3] § 475 Anm. 1, Dernburg[3] 2 § 187 Anm. 9).

5. *Fruchtloser Ablauf einer vom Verkäufer gestellten Frist.* Vgl. unten Anm. VIII e. Der § 466 BGB. bestimmt:

> „Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist verlangt werden."

Wann in diesem Fall die Wandlung „vollzogen" ist, vgl. unten Anm. VIII b 2. Über Fristsstellung vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI b 1, 3, d.

b. **Minderung** (= Herabsetzung des Kaufpreises). Dies Recht steht dem Käufer in jedem Fall von Sachmängeln der verkauften Sache zu (BGB. § 462); insbesondere auch bei Gattungskauf (BGB. § 480 Abs. 1). Es wird weder ausgeschlossen durch einen nach Gefahrübergang erfolgten Untergang der Sache (Dernburg[3] 2 § 187 III), noch durch eine vom Käufer verschuldete nachträgliche Verschlechterung der Sache, noch durch deren Verarbeitung oder Umbildung. In langandauerndem Stillschweigen kann ein Verzicht auf das Minderungsrecht liegen (§ 346 Anm. III a 4). Kein Verzicht auf Minderung (anders bei Wandlung, oben a 4) liegt aber an sich in einer — selbst nach Kenntnisnahme vom Mangel erfolgten — Benutzung oder Veräußerung der Sache (ROH. 22 36, RG. 17 68, 25 30, **43** 38, 67, RG. 7 VI 01 JW. 541[10]; gegenteiliger Handelsgebrauch im Getreidehandel angenommen KG. 9 XI 03 KGBl. 04 7); auch nicht dann, wenn ursprünglich der Käufer die Annahme abgelehnt, dann aber Verkäufer auf Entgegennahme bestanden hatte (RG. 4 I 99 JW. 102[44]). Insbesondere wird der Anspruch auf Minderung auch nicht durch eine mit *Gewinn* erfolgte Weiterveräußerung beseitigt (ROH. 22 36, Planck[3] § 472 Anm. 3, Dernburg[3] 2 § 187 Anm. 4); hierin liegt keine Ungerechtigkeit (a. M. Staub § 377 Anm. 75), da vorauszusetzen ist, daß bei Nichtvorhandensein des Sachmangels der Gewinn ein entsprechend höherer gewesen wäre. Der Käufer ist nicht verpflichtet, den Verkäufer von etwaiger Vornahme der Weiterveräußerung zu benachrichtigen (OLG. Hamburg 31 III 90 ZHR. **40** 514). Unter welchen Umständen in einer Weiterveräußerung ein Verzicht auf *alle* Gewährleistungsansprüche — einschließlich desjenigen auf Minderung — liegt, vgl. oben Anm. II c 2.

c. **Ersatzlieferung** einer mangelfreien Sache anstatt der übersandten mangelhaften. Unter welchen Umständen der Käufer neben dem Recht auf Ersatzlieferung die Rechte aus Leistungsverzug hat, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. II d 3.

1. Des Käufers Recht, Ersatzlieferung zu verlangen, ist als bestehend ausdrücklich erwähnt nur bei Gattungskauf (BGB. § 480 Abs. 1); es ist ausgeschlossen in denselben Fällen (oben zu a 1—5), in denen auch die Wandlung ausgeschlossen ist (BGB. §§ 480 Abs. 1, 467 Satz 1). Nimmt man aber an, daß bei Annahmeweigerung neben den Gewährleistungsansprüchen auch die aus Nichtleistung folgenden Ansprüche bestehen bleiben (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. II d 3), so besteht ein ähnliches (unten Anm. VI a) Recht auch beim Sonderkauf nach Annahmeweigerung (vgl. Prot. z. BGB. 1 686). Keinesfalls jedoch bei Sonderkauf nach erfolgter Annahme (vgl. RG. 57 276). Ein etwaiges Recht des Käufers, Ersatzlieferung zu verlangen, verpflichtet ihn aber nicht, dies zu tun, bevor er andere Rechte ausübt (Staub § 377 Anm. 43).
2. Der Verkäufer hat kein Recht, seinerseits Ersatzlieferung an Stelle der mangelhaften zu bewirken, weder bei Sonderkauf noch bei Gattungskauf; er kann nicht hierdurch die bereits erworbenen Rechte des Käufers (Wandlungsanspruch, Minderungsanspruch usw.) beseitigen (RG. 52 358, Mot. z. BGB. 2 242, Dernburg[3] 2 § 188 Anm. 6, Staub § 377 Anm. 43, Eccius in GruchotsBeitr. 43 316 und nach früherem Recht RG. 34 192, 36 233; einschränkend Planck[3] § 480 Anm. 4). Eine gegenteilige Verkehrssitte kann allerdings vorkommen. — Über die hiervon verschiedene Frage, ob Ausbesserung des Mangels an der gelieferten Sache (ohne Umtausch der ganzen Sache) zuzulassen, vgl. unten zu f.

d. **Schadensersatz wegen Nichterfüllung.** Ob hierunter Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung verstanden, vgl. unten Anm. VII a. Dies Recht besteht nur in folgenden zwei Fällen:

1. Mangeln zugesicherter Eigenschaft (§ 377 Anm. IV b 2) bei Gattungskauf zur Zeit des Gefahrübergangs (BGB. § 480 Abs. 2; d. h. in der Regel bei Übergabe bezw. Auslieferung an die zur Versendung bestimmte Person oder Anstalt, BGB. §§ 446, 447, 243 Abs. 2, vgl. 300 Abs. 2; bei Erwerb mittels Verfügungspapiers spätestens bei Papierübergabe, HGB. § 424 Anm. II c), bei Sonderkauf zur Zeit des Kaufs (BGB. § 463 Satz 1). Unerheblich ist, ob das Mangeln verschuldet ist (Planck[3] § 463 Anm. 2). Das Recht besteht nicht, wenn bei Sonderkauf die (als vorhanden) zugesicherte Eigenschaft zwar zur Zeit des Gefahrübergangs, aber nicht schon zur Zeit des Kaufs mangelt; doch kann in solchem Fall unter Umständen der Käufer Ansprüche darauf stützen, daß der Verkäufer durch sein Verhalten nach dem Vertragsschluß das Mangeln verschuldet habe oder daß eine auf den späteren Zeitpunkt erstreckte Gewährübernahme anzunehmen ist (Planck[3] § 463 Anm. 2). Nur Ansprüche der letztgedachten Art sind auch dann möglich, wenn beim Sonderkauf von Anfang an die Eigenschaft als eine erst künftig herzustellende versprochen worden ist (vgl. § 377 Anm. IV b 2). Der Schadensersatzanspruch ist begründbar nur, wenn die Zusicherung Einfluß auf die Bestimmung des Kaufpreises gehabt hat (RG. 52 3). Ist der Vertrag, in welchem die Zusicherung erfolgt war, wegen Formmangels nichtig, so kann auf die Zusicherung kein Anspruch gegründet werden (RG. 7 II 06 JW. 161[8]), außer falls die Zusicherung ursächlich war für den Entschluß des Käufers, durch Erfüllung des Vertrags die etwa zugelassene Heilung der Nichtigkeit herbeizuführen. Ist die Zusicherung bewußt falsch abgegeben, so gilt bezüglich Anfechtung wegen Betrugs und bezüglich des Schadensersatzanspruchs wegen unerlaubter Handlung das Gleiche wie nachstehend zu 2.
2. Arglistiges Verschweigen des „Fehlers“ (§ 377 Anm. IV b 1) durch den Verkäufer (BGB. § 463 Satz 2, § 480 Abs. 2). Über den Begriff des arglistigen Verschweigens vgl. § 377 Anm. VII b 1. Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, dem Käufer alle ihm bekannten Umstände mitzuteilen, die nach vernünftigem Ermessen für die Willensentschließung des Käufers erheblich sein können (RG. 62 150). Er handelt aber arglistig, wenn er nicht diejenigen solchen Umstände mitteilt, deren Mitteilung der Käufer unter den gegebenen Verhältnissen nach Verkehrsanschauung erwarten darf (RG. 62 150). In der Regel wird in einem Abschließen unter arglistigem Verschweigen eine unerlaubte Handlung liegen (RG. 2 V 06 JW. 379[6]) und in solchem Fall Schadensersatz gemäß BGB. §§ 823, 826 (RG. 56 51, RG. 13 II 06 JW. 191[6], 2 V 06 JW. 379[6]; dagegen anscheinend RG. 59 105) gefordert, meist auch der Vertrag gemäß BGB. § 123 Abs. 1 angefochten

werden können (unten Anm. III g). Aber auch auf eine erst bei Erfüllung des Vertrags begangene Arglist kann ein Schadensersatzanspruch gestützt werden, und zwar sowohl wegen der darin liegenden unerlaubten Handlung (unten Anm. III e 6) wie auch wegen der darin liegenden Verletzung von Vertragspflichten (unten Anm. III e 1—5). — Im Fall eines Betrugs bei Abschluß des Kaufvertrags kann der Betrogene den Vertrag anfechten und dann Wiederherstellung des Zustands, wie er ohne den Vertrag bestehen würde (negatives Vertragsinteresse), verlangen (RG. 28 III 06 JW. 330[4]); jedoch auch letzteres nur, wenn die Anfechtung innerhalb der Frist des BGB. § 124 erklärt wird (RG. 2 V 06 JW. 379[6]). Er darf aber statt dessen bei dem Vertrag stehen bleiben und dann (innerhalb der Verjährungsfrist des BGB. § 852) Schadensersatz nach BGB. §§ 823 ff. fordern (RG. **56** 51, RG. 28 III 06 JW. 330[4]), auch wenn er nicht innerhalb der Frist des BGB. § 124 den Betrug geltend gemacht hatte (RG. 2 V 06 JW. 379[6]). Er darf sogar, wenn zu der Zeit, als er den Betrug entdeckte, noch nicht erfüllt war, Erfüllung fordern, ohne hierdurch den Schadensersatzanspruch aus BGB. §§ 823 ff. zu verlieren (RG. 28 III 06 JW. 330[4]; dagegen RG. **56** 51), außer wenn nach den Umständen anzunehmen ist, daß er hierdurch auf jenen Anspruch verzichten wollte. Ob der Betrüger zum vereinbarten Kaufpreis abzüglich Schadensersatz verkauft hätte, ist gleichgültig; der Betrüger hat kein Rücktrittsrecht (RG. 28 III 06 JW. 330[4]). Zu beachten ist aber, daß der gemäß BGB. § 823 zu fordernde Schadensersatz nicht einfach nach den Vorschriften über Minderung (BGB. § 472) berechnet werden kann; ist jedoch die letztere Berechnungsart versucht, so darf der Richter nicht die Klage abweisen, sondern hat das Fragerecht auszuüben (RG. **61** 253, **62** 385). Beide Berechnungsarten führen im Einzelfall zum gleichen Ergebnis, wenn der Kaufpreis dem Wert der Sache in mangelfreiem Zustand entspricht und der Käufer nur denjenigen Betrag fordert, den er bei Kenntnis der wahren Sachlage weniger gezahlt haben würde (RG. **62** 386).

e. **Ersatz des mittelbaren Schadens, der infolge Verhaltens bei Ausführung des Vertrags entsteht?** Über Schadensersatz wegen Verhaltens des Verkäufers bei Abschluß des Vertrags vgl. oben Anm. III d 2.

1. Ist ein solcher Vertragsanspruch überhaupt möglich?

Das BGB. §§ 459 ff. erwähnt nur die zu a—d aufgeführten Rechte. Ein Schaden kann aber auch entstehen in Fällen, in denen nicht das Verhalten des Verkäufers bei Abschluß des Vertrags ihn herbeiführt, also die Voraussetzungen zu d 1 und 2 nicht vorliegen, und dennoch kaum anzunehmen ist, daß es unmöglich sein sollte, den Schaden ersetzt zu verlangen; so z. B. wenn der Verkäufer mottige Pelzwaren geliefert hat und dadurch die eigenen Pelzwaren des Käufers mottig geworden sind, oder wenn infolge der fehlerhaften Lieferung der Käufer seinerseits seinem Abnehmer nicht liefern konnte und dadurch schadensersatzpflichtig geworden ist (Staub § 377 Anm. 91). Staub aaO. Anm. 91—93 und Posit. Vertragsverletzungen 16 nimmt daher an, daß in solchen Fällen eine Schadensersatzpflicht besteht, und zwar neben allen sonstigen Rechten, aber nur, wenn der Mangel auf einem Verschulden des Verkäufers beruhe (ebenso RG. **52** 19, **53** 202, **56** 169, Planck[3] § 480 Anm. 6 und nach früherem Recht RG. **44** 241, RG. 6 III 97 JW. 259[97]; dagegen, jeden solchen vertraglichen Schadensersatzanspruch leugnend, Eccius Gruchots Beitr. **43** 306; einschränkend auch Düringer-Hachenburg[3] 72, 158; nur einen außervertraglichen Anspruch gewährt auch Kipp DJZ. **03** 256; über letzteren unten zu 6). Staub Posit. Vertragsverletzungen 17 scheint — von seinem Standpunkt aus nicht folgerichtig — den Schadensersatzanspruch ferner auch dann gewähren zu wollen, wenn der Verkäufer einer Gattungssache schuldlos mangelhaft liefert. Müller im Recht **02** 541, 579, 580 und in Gruchots Beitr. **50** 531 gibt den vertraglichen Schadensersatzanspruch nur bei verschuldet mangelhafter Lieferung einer Gattungssache, nicht auch bei Sonderkauf. Eine verschiedene Behandlung von Gattungskauf und Sonderkauf ist jedoch hierbei keinesfalls angängig (ebenso Kipp DJZ. **03** 256, Düringer-Hachenburg **3** 156), da — abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Abweichungen in BGB. §§ 480, 279 — das BGB. für die Gewährleistungs- und Vertretungspflicht bei beiden Arten des Kaufs ein-

heitliche Vorschriften gibt. — Jedenfalls kann aber hier nur **mittelbarer** Schaden in Frage kommen (vgl. RG. 10 VII 06 JW. 552[21]), da die Gewährleistunsvorschriften die Ausgleichung des **unmittelbaren** Schadens, soweit der **Vertragsanspruch** in Frage kommt, erschöpfend regeln.

Staub leitet die Schadensersatzpflicht daraus ab, daß zahlreichen Bestimmungen des BGB. unausgesprochen der Gedanke zu Grund liege, daß, wenn nach jenen Bestimmungen jemand etwas zu „vertreten" habe, mangels anderweiter Festsetzung dies Vertreten in einer Schadensersatzpflicht bestehe (Staub § 347 Anm. 11).

Dieser letztere Grundsatz ist als zutreffend anzuerkennen (§ 347 Anm. III b). Doch sind aus ihm wohl im vorliegenden Fall Folgerungen abzuleiten, die von denen der herrschenden Meinung etwas abweichen (unten zu 2, 3).

2. **Besteht der auf den Vertrag gegründete Anspruch nur bei Verschulden?**
Nach BGB. § 459 „haftet" — abgesehen von den Fällen eintretender Unmöglichkeit vertragsgemäßer Leistung — der Verkäufer für Mangellosigkeit **ohne** Rücksicht auf Verschulden. Dies „haftet" ist aber gleichbedeutend mit „hat zu vertreten" (vgl. BGB. § 276 Abs. 2, § 277: „Haftung"). Der oben erwähnte im BGB. nicht ausgesprochene aber vorausgesetzte Grundsatz würde daher, insoweit er im vorliegenden Fall **überhaupt** eingreift, doch nur dahin führen können, daß bei Mangelhaftigkeit der Verkäufer sowohl dann, wenn er die Mangelhaftigkeit verschuldet hat, wie auch dann, wenn er sie **nicht** verschuldet hat, schadensersatzpflichtig wird. Anders nur (unten zu 6), wenn man den Anspruch nicht auf den Vertrag, sondern auf außervertragliches Verschulden stützen will.

Gegen Vorstehendes kann nicht etwa angeführt werden, daß sogar dann, wenn Verkäufer **garnicht** liefere, dieser nur hafte, wenn er die Unmöglichkeit oder den Verzug zu **vertreten** (also in der Regel **verschuldet**) habe; der Verkäufer mag sich vor der Ablieferung überzeugen, ob die Ware vertragsgemäß ist, und wenn er sieht, daß sie nicht vertragsgemäß ist, so mag er dies offen sagen, und zwar im Fall zufälliger Unmöglichkeit ordnungsmäßiger Lieferung unter Verzicht auf die Gegenleistung (BGB. § 323). Liefert er aber die Ware unter dem stillschweigenden Vorgeben, sie sei vertragsgemäß, und unter **Beanspruchung** der Gegenleistung, so liegt in diesem Verhalten eine Vertragswidrigkeit, für die er haftet, selbst wenn er unschuldig an dem Mangel **selbst** ist. Doch kann im Fall der Lieferung einer mangelhaften Sache bei Unmöglichkeit der Lieferung einer mangellosen der Verkäufer aus diesem Umstand in der Regel eine Einrede gegen die Schadens**höhe** ableiten, da er nur denjenigen Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand — hier das Liefern unter Verschweigen der Unmöglichkeit ordnungsmäßiger Lieferung — nicht eingetreten wäre (BGB. § 249 Satz 1).

3. **Neben welchen einzelnen Gewährleistungsansprüchen ist der auf den Vertrag gegründete Anspruch auf Ersatz mittelbaren Schadens möglich?**
Der Grundsatz, daß, wer etwas zu „vertreten" hat, schadensersatzpflichtig wird, ist überhaupt nur **mangels anderweiter Festsetzung** anzuwenden. Nach dieser Richtung erscheinen Einschränkungen der Ansicht **Staubs** erforderlich:

α. **Schadensersatz wegen Nichterfüllung.** Zunächst scheiden die Fälle aus, in denen nach BGB. der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann (oben zu d) und ihn verlangt. Neben dem „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" ist kein Platz für einen **sonstigen** „Schadensersatz" (RG. 53 202; vgl. unten Anm. VII a).

β. **Wandlung.** Zweifelhafter ist, ob auch diejenigen Fälle ausscheiden, in denen die **Wandlung** „vollzogen" ist. Aber auch **dies** ist wohl — gegen Prot. z. BGB. 2 687, RG. 52 19, RG. 2 V 05 HoldheimsMSchr. 222, Staub § 377 Anm. 93, Planck[3] § 467 Anm. 2 c — zu bejahen. Die „vollzogene Wandlung" ist gleichbedeutend mit dem „endgültig gewordenen Rücktritt vom Vertrag". Nach der gewöhnlichen mit dem Wort Rücktritt verbundenen Bedeutung schließen aber Rücktritt und Schadensersatzanspruch einander aus. Ein etwaiger Schadensersatzanspruch beruht auf dem **Vertrag**, und indem man letzteren rückgängig macht, sägt man den Ast ab, an dem der Schadensersatzanspruch hängt. In einem **anderen** Fall eines Rücktritts vom Vertrag

leugnet daher auch Staub (Exk. zu § 374 Anm. 32) einen Schadensersatzanspruch des Zurücktretenden (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VIII b). Es kommt hinzu, daß das BGB. ausdrücklich regelt, in welchem Umfang neben der Wandlung ein Schadensersatzanspruch dennoch zulässig ist; dies geschieht durch die Bestimmung des BGB. § 467 Satz 2: „Der Verkäufer hat dem Käufer auch die Vertragskosten zu ersetzen." Hieraus muß der Gegenschluß gezogen werden, daß sonstiger Schaden nicht zu ersetzen ist (vgl. unten Anm. IV d 4). — Ob Ersatz von Fracht-, Zoll-, Lager- und Rechtsstreitkosten verlangt werden kann, vgl. unten Anm. IV d 1. — Ob neben Wandlung ein außervertraglicher Schadensersatzanspruch anzuerkennen, vgl. unten zu 6.

γ. Minderung. Neben der Minderung ist ein Schadensersatzanspruch als zulässig anzuerkennen. Denn bei der Minderung findet keine Rückgängigmachung des Vertrags statt, sondern nur eine Änderung desselben entsprechend dem Minderwert der tatsächlich gelieferten Ware. Die Minderung des Kaufpreises beseitigt den unmittelbaren Schaden. Diesen allerdings erschöpfend. Nicht etwa kann — auch nicht gemäß BGB. § 249 (vgl. unten zu f) — verlangt werden, daß der Verkäufer, außer daß er sich die Minderung des Kaufpreises gefallen lasse, auch noch eine Nachbesserung vornehme (abweichend Staub Anm. 94). Dagegen können mittelbare Schäden entstehen, derart wie im Eingang erwähnt, und deren Ersatz wird — unerheblich ob der Mangel verschuldet ist — neben der Minderung verlangt werden dürfen. Das Gegenteil würde nur dann anzunehmen sein, wenn die §§ 462, 463, 480 BGB. notwendig dahin aufgefaßt werden müßten, daß sie die dort aufgeführten Ansprüche als die einzigen aus dem in § 459 BGB. bestimmten „Haften" des Verkäufers abzuleitenden Folgen hinstellen wollten; ein dahingehender Wille des Gesetzgebers ist aber nicht zum Ausdruck gekommen. — Richtig ist allerdings, daß, wenn man die vorstehende Ansicht zu Grund legt, der Minderungsanspruch sich stark dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nähert, während doch das BGB. die Zulässigkeit des letzteren ausdrücklich auf zwei Ausnahmefälle beschränkt hat. Indessen bleibt der Unterschied bestehen, daß auf Grund des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung Nachbesserung gefordert werden kann (unten zu f), nicht aber — wie oben ausgeführt — auf Grund des neben dem Minderungsanspruch verbleibenden Schadensersatzanspruchs.

δ. Ersatzlieferung. Dasselbe wie bezüglich der Minderung muß wohl auch bezüglich der Ersatzlieferung gelten. Auch in der Erhebung des Anspruchs auf Ersatzlieferung liegt keine Rückgängigmachung des Vertrags, und dementsprechend ist auf diesen Fall auch die Bestimmung des BGB. § 467 Satz 2 betr. Ersatz der Vertragskosten nicht anwendbar (BGB. § 480 Abs. 1). Der unmittelbare Schaden wird durch den an die Stelle des Erfüllungsanspruchs (unten Anm. VI a) tretenden Anspruch auf die Ersatzlieferung voll ausgeglichen; daß, falls letztere verzögert oder durch Schuld des Verkäufers unmöglich wird, bezüglich derselben unter anderem Schadensersatz gefordert werden kann, ist eine Sache für sich und gehört nicht hierher. Daneben kann aber ein mittelbarer Schaden eintreten, z. B. dadurch, daß die zuerst gelieferte Sache durch ihre Mangelhaftigkeit andere Sachen des Käufers beschädigt (vgl. RG. 53 90) oder dadurch, daß infolge der durch die Notwendigkeit der Ersatzlieferung bedingten Überschreitung der ursprünglich bedungenen Leistungszeit (und später, als eine Inverzugsetzung des Käufers bezüglich der ursprünglichen Leistung hätte geschehen können, BGB. § 286 Abs. 1, § 249 Abs. 1 Satz 1) ein Schaden entsteht noch vor Beginn des Leistungsverzugs bezüglich der Ersatzlieferung (unten Anm. VI a), oder dadurch, daß der Käufer wegen der nunmehr erforderlichen zweiten Untersuchung Mehrausgaben zu machen hat. Diesen mittelbaren Schaden wird der Käufer — auch wenn kein Verschulden des Verkäufers vorliegt — ersetzt verlangen können.

ε. Neben keinem Gewährleistungsanspruch. Es kann endlich auch vorkommen, daß der hier erörterte Schadensersatzanspruch bezüglich der ganzen Lieferung entsteht, ohne daß gleichzeitig auch irgend einer der übrigen Gewährleistungsansprüche bezüglich der ganzen Lieferung gegeben ist. Beispiele vgl. in § 377 Anm. V b 4, IX c 4.

4. Inhalt des Ersatzanspruchs. Der Anspruch auf Schadensersatz geht nicht verloren durch Verfügung über die Ware (RG. 17 66, OLG. Hamburg 31 III 90 ZHR. 40 513). Als Teil des Schadensersatzes darf der Käufer, der die Sache ohne weitergehende Zusicherungen als die seines Verkäufers weiterverkauft hat, in der Regel die Kosten des Rechtsstreits geltend machen, den er ohne Erfolg gegen den Weiterkäufer geführt hat, um diesem gegenüber die Ordnungsmäßigkeit der Lieferung festzustellen (vgl. RG. 51 362; ebenso nach früherem Recht RG. 54 356; dagegen nach früherem Recht RG. 52 348), denn in der Regel kann dem Käufer nicht zugemutet werden, daß er gegenüber fortgesetztem Bestreiten der Fehlerhaftigkeit seitens des Verkäufers die in der Unerzwingbarkeit unbeanstandeter Abnahme durch den Weiterkäufer liegende Grundlage für die Berechnung des Schadens unfestgestellt läßt.
5. Ersatzanspruch eines Dritten? Entsteht infolge mangelhafter Lieferung nicht dem Käufer, sondern dem Dritten, an den der Käufer weiterverkauft hat, ein Schaden, so kann nicht der Dritte einen auf den Vertrag gegründeten Schadensersatzanspruch unmittelbar gegen den ersten Verkäufer erheben. Ob einen außervertraglichen Ersatzanspruch, vgl. unten zu 6.
6. Außervertraglicher Anspruch? Über außervertragliche Ansprüche wegen unerlaubter Handlung bei Abschluß des Vertrags vgl. oben Anm. IIId 2. Nachstehendes betrifft nur außervertragliche Ansprüche wegen unerlaubter Handlung bei Ausführung des Vertrags. — Von dem vorstehend (zu 1—5) behandelten, auf dem Vertrag (und der hieraus sich ergebenden Vertretungspflicht) beruhenden Schadensersatzanspruch ist zu unterscheiden der außervertragliche Schadensersatzanspruch. Dieselbe Handlung kann beide Ansprüche entstehen machen. Und es ist anzuerkennen, daß die Gewährleistungsvorschriften nicht so ausschließliche sind, um die Erhebung eines Schadensersatzanspruchs aus unerlaubter, nicht bei Abschluß des Vertrags begangener Handlung zu hindern (Staub § 377 Anm. 139, Planck[3] Vorbem. II vor § 823, Kipp DJZ. 03 256). Dieser außervertragliche Anspruch kann nur auf BGB. §§ 823, 826 gestützt werden. Er besteht daher nur bei Verschulden des Verkäufers. Er besteht im Fall des Vorsatzes bei jeder Vermögensbeschädigung (BGB. § 826). Im Fall der Fahrlässigkeit jedoch nur bei Verletzung eines der in BGB. § 823 geschützten Güter (Kipp aaO.), nicht bei sonstiger Schadenszufügung (vgl. RG. 62 317), z. B. nicht, wenn der Verkäufer einem Bauunternehmer schlechten Kalk geliefert, dieser damit ein Haus gebaut und es verkauft hat und nun der Käufer des Hauses durch die Unhaltbarkeit des Mauerwerks Schaden erleidet (RG. 27 IV 05 JW. 367[6]). Der außervertragliche Schadensersatzanspruch besteht aber auch, wenn überhaupt kein Kaufvertrag zustande gekommen ist, z. B. wenn unbestellte Waren zugesendet sind. Daher auch, wenn der ursprüngliche Kaufvertrag durch Wandlung rückgängig gemacht wird. Ist der Anspruch unabhängig vom Vertrag, so steht er auch jedem Dritten zu. So auch demjenigen, an den der erste Käufer weiterverkauft hat (Kipp aaO.; einschränkend RG. 27 IV 05 JW. 367[6]); doch wird es in diesem Fall oft an dem ursächlichen Zusammenhang fehlen.

f. Nachbesserung?

1. Anspruch des Käufers? Ein Anspruch des Käufers auf nachträgliche Beseitigung des Mangels ist — abweichend von den Bestimmungen über den Werkvertrag, BGB. § 633 Abs. 2 — im BGB. nicht erwähnt, mithin als Regel nicht gegeben. Soweit indessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung (oben zu d) gefordert wird, liegt hierin gemäß BGB. § 249 in erster Reihe ein Anspruch auf Beseitigung des Mangels (unten Anm. VIIb 1, Staub § 377 Anm. 42, Planck[3] § 462 Anm. 4). Nicht aber auch, soweit Ersatz des mittelbaren Schadens (oben zu e) gefordert wird, denn die Mangelbeseitigung enthält eine Gutmachung des unmittelbaren Schadens, und über letztere bestimmt das BGB. erschöpfend (oben zu e; dagegen Staub aaO.). Der Käufer hat — wie er kein Recht hat — auch keine Pflicht, vor Verlangen der Wandlung, Minderung oder Ersatzlieferung die Nachbesserung zu fordern (Staub § 377 Anm. 43).
2. Anspruch des Verkäufers? Bezüglich der Frage, ob der Verkäufer seinerseits die Ausübung eines der Rechte auf Wandlung, Minderung oder Ersatzlieferung

durch Erbieten zur Nachbesserung abwenden kann, gilt hier an sich dasselbe wie bezüglich der Ersatzlieferung (vgl. daher oben zu c 2). Hiernach hat grundsätzlich der Verkäufer kein Recht, Zulassung zur Nachbesserung zu beanspruchen (RG. 61 93; dagegen CosackBR. § 127 V 2). An sich selbst dann nicht, wenn nur ein kleiner Teil der Lieferung mangelhaft ist (RG. 61 94; vgl. aber unten Anm. IX). Indessen kann ausnahmsweise der Verkäufer die Gewährleistungsansprüche durch Erbieten der Nachbesserung abwenden, wenn in der Ablehnung einer angebotenen und dem Interesse des Käufers — diesem erkennbar — vollständig genügenden Nachbesserung ein Verstoß gegen Treu und Glauben (RG. 8 III 04 JW. 199 [7], RG. 61 94, KG. 19 XI 03 OLGRspr. 8 65) oder eine Schikane (RG. 61 94) liegen würde. Daß einer dieser Ausnahmefälle vorliegt, hat der Verkäufer darzutun (OLG. Frankfurt 27 V 04 OLGRspr. 9 287). Unter Umständen wird der Verkäufer auch in der Lage sein, den Schadensersatzanspruch durch Erbieten zur Nachbesserung abzuwenden. — Über vertragliche Einräumung eines Nachbesserungsrechts an den Verkäufer vgl. Anm. XI e.

g. **Anfechtung wegen Betrugs oder Irrtums?**

1. Betrug. Anfechtung wegen Betrugs, wenn im Einzelfall ein solcher vorliegt, ist zulässig (RG. 16 VI 03 JW. Beil. 90 [209]). Ein Betrug kann z. B. liegen in der bewußt falschen Zusicherung einer Eigenschaft (oben Anm. III d 1) oder in arglistigem Verschweigen eines Fehlers (oben Anm. III d 2). Über die Schadensersatzansprüche im Fall eines Betrugs bei Vertragsabschluß vgl. oben Anm. III d 2.
2. Irrtum. Streitig ist (Litteratur in RG. 61 174), ob neben den Gewährleistungsansprüchen auch Anfechtung wegen Irrtums zulässig bleibt, wofern der Mangel zugleich eine Eigenschaft der Sache darstellt, die im Verkehr als wesentlich angesehen wird. Dies ist zu verneinen (so für den Fall eines nach BGB. § 459 zu vertretenden „Fehlers" RG. 61 175), da sonst die einschränkenden Sonderbestimmungen über die Wandlung in weitem Umfang gegenstandslos würden. Aus gleichem Grund ist unzulässig eine Anfechtung wegen Irrtums über die Eigenschaften der Person des Vertragsgegners oder seines geschäftlichen Unternehmens, wenn die geschuldete Leistung ganz oder zum Teil bewirkt und das Fehlen der vorausgesetzten Eigenschaften erst durch diese mangelhafte Vertragserfüllung zu Tag getreten ist (RG. 62 285). — Ob bei vertraglichem Ausschluß der Gewährleistung eine Anfechtung wegen Irrtums über Eigenschaften oder Mängel der Sache zulässig bleibt, vgl. unten Anm. XI c 2.

IV. **Wandlung**; deren Inhalt. Über die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Wandlung vgl. oben Anm. II, III a; ob neben der Wandlung Schadensersatz gefordert werden kann, vgl. oben Anm. III e 3, 6; über die Form der Ausübung des Wandlungsverlangens vgl. unten Anm. VIII; über Wandlung nur in Ansehung eines Teils der Lieferung vgl. unten Anm. IX.

a. **Entsprechende Anwendung finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften** (BGB. § 467 Satz 1). Die hierhergehörigen sind BGB. §§ 346—348, 354:

§ 346. „Hat sich in einem Vertrag ein Teil den Rücktritt vorbehalten, so sind die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Für geleistete Dienste sowie für die Überlassung der Benutzung einer Sache ist der Wert zu vergüten oder, falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten."

§ 347. „Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe bestimmt sich im Falle des Rücktritts von dem Empfange der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Das Gleiche gilt von dem Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruch auf Ersatz von Verwendungen. Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen."

§ 348. „Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien sind

Zug um Zug zu erfüllen. Die Vorschriften der §§ 320, 322 finden entsprechende Anwendung."

§ 354. „Kommt der Berechtigte mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Teiles des Gegenstandes in Verzug, so kann ihm der andere Teil eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Der Rücktritt wird unwirksam, wenn nicht die Rückgewähr vor dem Ablaufe der Frist erfolgt."

Außerdem kommt zur Anwendung BGB. § 467 Satz 2:

„Der Verkäufer hat dem Käufer auch die Vertragskosten zu ersetzen."

b. **Rückgewähr der empfangenen Leistungen** hat zu erfolgen (BGB. § 346), und zwar Zug um Zug (unten zu e). Die „vollzogene" Wandlung wirkt nicht dinglich, sondern schafft nur ein beiderseitiges Forderungsrecht auf Rückgewähr (RG. **54** 341).

1. Rückgabe der Ware. Der Käufer hat die Pflicht zur Rückgabe der Ware. Er hat aber gegen den Verkäufer auch ein Recht auf Rücknahme der Ware, da er Befreiung von der bewirkten Abnahmeleistung des Käufers (BGB. § 433 Abs. 2) beanspruchen kann (ebenso Staub § 377 Anm. 57, Planck[3] § 467 Anm. 2c). Durch Weigerung der Rücknahme kann daher der Verkäufer nicht nur in Annahmeverzug, sondern auch in Abnahmeverzug kommen (vgl. § 373 Anm. IV). Der Fall des BGB. § 346 Satz 2 kann in Ansehung einer gekauften Sache nicht vorkommen, sondern nur in Ansehung etwa bedungener Nebenleistungen; letzteres sowohl bei Kauf, wie auch bei kaufähnlichen (BGB. § 493) Verträgen. — Über die Wirkung einer Fristsetzung des Verkäufers wegen Rückgabeverzugs des Käufers vgl. unten zu h.

2. Rückzahlung des Kaufpreises hat zu erfolgen, insoweit ein solcher bereits gezahlt ist. Auch auf seiten des Käufers kann bezüglich etwaiger Nebenleistungen BGB. § 346 Satz 2 eingreifen. Hat der Käufer den Kaufpreis noch nicht gezahlt, aber Schuldschein oder Wechsel gegeben, so kann er deren Rückgabe fordern (Dernburg[3] 2 § 186 III 1). Waren in Anrechnung auf den Kaufpreis Wertpapiere in Zahlung gegeben, so sind diese Wertpapiere in Natur zurückzugeben, und wenn die Parteien sich über Werterſatz statt Rückgabe in Natur einigen, der bei Hingabe vorhanden gewesene Kurswert zu ersetzen (RG. 24 I 05 JW. 138[14]).

c. **Nebenansprüche des Verkäufers.**

1. Schadensersatz wegen Verschlechterung oder Herausgabeunmöglichkeit.

Der Anspruch bestimmt sich von dem Empfang der Leistung an nach den Vorschriften, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten (BGB. § 467 Satz 1, § 347 Satz 1). Diese Vorschriften sind enthalten in BGB. § 989:

„Der Besitzer ist von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann."

Die §§ 990—993 BGB. kommen nicht in Betracht, da ihre Bestimmungen nicht an den Eintritt der Rechtshängigkeit anknüpfen, sie daher nicht als in BGB. § 347 mit in Bezug genommen gelten können.

Über den Fall, daß die Verschlechterung oder Herausgabeunmöglichkeit eine so weitgehende ist, daß aus diesem Grund Wandlung überhaupt unzulässig ist, vgl. oben Anm. III a 1—3. Schadensersatzpflicht tritt nur ein, soweit Wandlung überhaupt zulässig war, also wenn die Verschlechterung oder Herausgabeunmöglichkeit erst nach „Vollziehung" der Wandlung eingetreten ist, oder wenn sie zwar vor „Vollziehung" eingetreten ist, aber nur in unerheblichem Maß oder zu einem unerheblichen Teil. Hat der Käufer infolge des Umstands, der die Herausgabe unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, so kann der Verkäufer gemäß BGB. § 281 Herausgabe des Ersatzes bezw. Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

2. Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen. Der Anspruch bestimmt sich von

dem Empfang der Leistung an nach den Vorschriften, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten (BGB. § 467 Satz 1, § 347 Satz 2). Über letztere bestimmt BGB. § 987:

„Der Besitzer hat dem Eigentümer die Nutzungen herauszugeben, die er nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit zieht.

Zieht der Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Nutzungen nicht, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ziehen könnte, so ist er dem Eigentümer zum Ersatze verpflichtet, soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt."

Der § 988 BGB. kommt nicht in Betracht, da er unentgeltlichen Besitzerwerb betrifft; die §§ 990—993 BGB. nicht, weil ihre Bestimmungen nicht an den Eintritt der Rechtshängigkeit anknüpfen. — Als solche Nutzungen können z. B. diejenigen in Betracht kommen, die bei langdauerndem Gebrauch einer Maschine oder die durch Einziehung von Zinsen oder Gewinnanteilen auf Wertpapiere gezogen sind.

d. **Nebenansprüche des Käufers.**

1. Ersatz von Verwendungen. „Verwendungen" vgl. § 354 Anm. I b 3. Der Anspruch bestimmt sich von dem Empfang der Leistung an nach den Vorschriften, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten (BGB. § 467 Satz 1, § 347 Satz 2; daß § 347 zu unbilligen Ergebnissen führen kann, anerkennt RG. 50 145). Über letzteres Verhältnis bestimmt BGB. §§ 994 Abs. 2, 995, 997, 1000—1003:

BGB. § 994 Abs. 2. „Macht der Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit . . . notwendige Verwendungen, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag." Diese Vorschriften sind enthalten in BGB. §§ 683—687 und besagen im wesentlichen, daß (BGB. § 683 Satz 1, § 684 Satz 2), wenn die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Verkäufers entspricht, oder wenn dieser die Geschäftsführung genehmigt, der Käufer wie ein Beauftragter (BGB. § 670) Ersatz, anderenfalls aber (BGB. § 684 Satz 1) nur Herausgabe des vom Verkäufer durch die Geschäftsführung Erlangten nach den Vorschriften (BGB. §§ 812 ff.) über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen kann, daß aber (BGB. § 687 Abs. 1), wenn der Käufer das Geschäft in der Meinung, es sei sein eigenes, besorgt — und dies wird bei allen Verwendungen vor erklärter Wandlung die Regel sein —, die §§ 683—686 BGB. nicht zur Anwendung kommen. Gerade für diesen gewöhnlichsten Fall führt daher die Verweisung in § 467 auf § 347, in § 347 auf § 994, in § 994 auf § 687, schließlich zum Nichts. An die Stelle dieses Nichts treten dann die Vorschriften (BGB. §§ 812 ff.) über die Pflicht zur Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (vgl. Planck[3] § 687 Anm. 1); es kann zweifelhaft sein, ob auch auf diesen Fall die Vorschriften der §§ 997 ff. anwendbar sind, doch ist dies wohl zu bejahen.

BGB. § 995. „Zu den notwendigen Verwendungen im Sinne des § 994 gehören auch die Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht. Für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, sind ihm nur die Aufwendungen für solche außerordentliche Lasten zu ersetzen, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind."

BGB. § 997. „Hat der Besitzer mit der Sache eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden, so kann er sie abtrennen und sich aneignen. Die Vorschriften des § 258 finden Anwendung." (§ 258: Pflicht des Käufers, die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen; Pflicht des Verkäufers, nach Besitzerlangung die Wegnahme zu dulden, auf sein Verlangen nach Sicherheitsleistung des Käufers wegen Kosten.)

„Das Recht zur Abtrennung ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer . . . oder die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat oder ihm mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde."

BGB. § 1000. „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. Das Zurückbehaltungsrecht steht ihm nicht zu, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat."

BGB. § 1001. „Der Besitzer kann den Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen nur geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt. Bis zur Genehmigung der Verwendungen kann sich der Eigentümer von dem Anspruche dadurch befreien, daß er die wiedererlangte Sache zurückgibt. Die Genehmigung gilt als erteilt, wenn der Eigentümer die ihm von dem Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache annimmt."

BGB. § 1002. „Gibt der Besitzer die Sache dem Eigentümer heraus, so erlischt der Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen mit dem Ablauf eines Monats . . . nach der Herausgabe, wenn nicht vorher die gerichtliche Geltendmachung erfolgt oder der Eigentümer die Verwendungen genehmigt.

Auf diese Fristen finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung."

BGB. § 1003. „Der Besitzer kann den Eigentümer unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrags auffordern, sich innerhalb einer von ihm bestimmten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. Nach dem Ablaufe der Frist ist der Besitzer berechtigt, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf . . . zu suchen, wenn nicht die Genehmigung rechtzeitig erfolgt.

Bestreitet der Eigentümer den Anspruch vor dem Ablaufe der Frist, so kann sich der Besitzer aus der Sache erst dann befriedigen, wenn er nach rechtskräftiger Feststellung des Betrags der Verwendungen den Eigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung aufgefordert hat und die Frist verstrichen ist; das Recht auf Befriedigung aus der Sache ist ausgeschlossen, wenn die Genehmigung rechtzeitig erfolgt."

Der § 998 BGB. und die vorstehend in §§ 1002, 1003 ausgelassenen Worte kommen für den Handelskauf nicht in Betracht, weil dort die Herausgabe eines Grundstücks vorausgesetzt wird; der § 999 BGB. nicht, weil ein Verhältnis, das dem dort behandelten entspräche, nicht auf seiten des Käufers vorkommen kann; der § 994 Abs. 1 und die auf diesen Bezug nehmenden, vorstehend ausgelassenen Worte des § 997 Abs. 2 nicht, weil sie nicht an den Fall der Rechtshängigkeit anknüpfen; die vorstehend ausgelassenen Worte des § 994 Abs. 2 nicht, weil sie Unredlichkeit des Besitzers voraussetzen. Für andere als notwendige Verwendungen kann — außer auf Grund etwa neben dem Wandlungsanspruch bestehenden Schadensersatzanspruchs — nicht Ersatz verlangt werden (RG. 52 19), da die beiden Ausnahmefälle, in denen nach § 996 BGB. ein solcher Ersatz zu leisten wäre, bei der Wandlung nicht vorkommen können.

Auch in den Fällen, in denen nach Vorstehendem Ersatz nach den für den Beauftragten maßgebenden Vorschriften gefordert werden kann, kann doch nur ein Ersatz für „Verwendungen" (vgl. § 354 Anm. Ib 3), nicht für andersartige „Aufwendungen" gefordert werden; nur in dieser Beschränkung ist in BGB. § 467 über den Umweg von §§ 347, 994 Abs. 2, 683 BGB. auf § 670 BGB. verwiesen.

Die Kosten der Beförderung vom Verkäufer zum Käufer können, da damals der Käufer annahm, sein eigenes Geschäft zu führen, nur — außer soweit ein Schadensersatzanspruch (unten zu 4) begründet sein sollte — nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung ersetzt verlangt werden, in der Regel also nur, insoweit durch den Ortswechsel der Wert der Sache gestiegen ist; indessen wird in ständiger Rechtsprechung im Gegensatz zum Vorstehenden angenommen, daß die Frachtkosten für die Hinbeförderung unbedingt ersetzt verlangt werden können (RG. 1 285, 6 189, RG. 16 II 06 JW. 202[21], OLG. Hamburg 31 XII 01 OLGRspr. 4 39; so auch Wolff GruchotsBeitr. 48 506, der den § 467 Satz 2 BGB. entsprechend ausdehnen will auf alle Aufwendungen, die der Käufer zwecks Erfüllung des Vertrags machen mußte). Die Kosten einer etwaigen Weiter-

beförderung seitens des Käufers an denjenigen, an den er weiterverkauft hat, können nicht als Verwendung, sondern nur als erlittener Schaden (unten zu 4) in Betracht kommen (RG. 52 19). Etwaige Kosten der Rückbeförderung können — abgesehen von einem etwaigen Schadensersatzanspruch (unten zu 4) — nur dann gefordert werden, wenn im Einzelfall entweder in ihnen eine „notwendige Verwendung" liegt oder (§ 354 Abs. 2) der Ersatzanspruch durch eine unabhängig neben der Wandlung herlaufende Geschäftsführung ohne Auftrag oder einen über die Rücksendung geschlossenen Vertrag begründet ist (abweichend OLG. Hamburg 31 XII 01 OLGRspr. 4 39).

Zollauslagen erhöhen in der Regel den Wert der Sache und sind daher in der Regel zu ersetzen (unbedingte Ersatzpflicht nimmt an: RG. 16 II 06 JW. 202[21]).

Lager-, Verkaufskosten. Diejenigen Kosten, die in Erfüllung der Verpflichtung aus § 379 für Aufbewahrung oder Verkauf aufgewendet werden, gehören zu den notwendigen Verwendungen; auch das Lagergeld, das dem Käufer zu zahlen ist, falls er bei sich einlagert (OLG. Bamberg 9 I 02 OLGRspr. 5 167, vgl. § 354 Anm. II c); sie können aber nicht im Kostenfestsetzungsverfahren, sondern nur durch besondere Klage geltend gemacht werden (OLG. Bamberg aaO.).

Futterkosten sind zu ersetzen (BGB. § 488, RG. 52 166, RG. 16 II 06 JW. 202[21], vgl. Bolze 2 Nr. 993); sie sind Ersatz von Verwendungen, nicht Schadensersatz (RG. 13 396, 52 166).

Rechtsstreitkosten aus dem erfolglosen Rechtsstreit mit dem Weiterkäufer sind nicht Verwendung. Ob ihr Ersatz als Schadensersatz gefordert werden kann, vgl. oben Anm. III e 4.

2. Ersatz der Vertragskosten kann gefordert werden (BGB. § 467 Satz 2). Zu den Vertragskosten gehören nicht nur Beurkundungs-, Auflassungs-, Stempelkosten, sondern z. B. auch die Kosten eines zum Vertragsabschluß Bevollmächtigten oder eines Maklers, außer falls nach Lage des Einzelfalls deren Zuziehung ganz überflüssig war (OLG. Kiel 2 VI 04 OLGRspr. 10 176).
3. Verzinsung des etwa gezahlten Kaufpreises hat vom Empfang an stattzufinden (BGB. § 347 Satz 3, § 467 Satz 1), und zwar bei einem beiderseitigen Handelsgeschäft zu 5 % (HGB. § 352 Abs. 1 Satz 1).
4. Ersatz anderweiten Schadens? Neben der Wandlung kann an sich nicht Schadensersatz gefordert werden (RG. 13 396, 52 166). So z. B. nicht Ersatz der Kosten der Untersuchung und der Mängelanzeige (vgl. Staub § 377 Anm. 59); abweichend nur im Fall des Viehkaufs (BGB. § 488, HGB. § 382). — Ob aber dann Schadensersatz gefordert werden kann, wenn die Mangelhaftigkeit der Lieferung verschuldet war, vgl. oben Anm. III e 3. Über die Zulässigkeit eines außervertraglichen Schadensersatzanspruchs neben der Wandlung vgl. oben Anm. III e 6. Insbesondere über Ersatz der Kosten des Rechtsstreits mit dem Weiterkäufer vgl. oben Anm. III e 4, über Ersatz von Fracht-, Zoll-, Lagerkosten vgl. oben Anm. IV d 1.

e. **Zug um Zug** sind die aus der Wandlung sich ergebenden Verpflichtungen zu erfüllen (BGB. § 348 Satz 1, § 467 Satz 1). Nicht nur die Hauptverpflichtungen (oben zu b), sondern auch (vgl. RG. 54 141) die Nebenverpflichtungen (oben zu c, d). Über den Zeitpunkt, zu welchem nach „vollzogener" Wandlung der eine oder der andere Teil in Leistungsverzug gerät, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I f; bringpflichtig ist hier der Verkäufer (unten zu g). Für die Form, in der ein Klageantrag zu stellen ist und in der eine Verurteilung zu erfolgen hat, ist BGB. § 322 Abs. 1, 2 maßgebend (BGB. § 348 Satz 2, § 467 Satz 1), für die Wirkung einer derartigen Verurteilung auf die Zulässigkeit unbedingter Zwangsvollstreckung BGB. § 274 Abs. 2 (BGB. § 322 Abs. 3, § 348 Satz 2, § 467 Satz 1), CPO. §§ 756, 765. — Da die Zug um Zug zu bewirkenden Rückleistungen sich gegenseitig bedingen, kann, wenn Widerklage erhoben wird, für die Berechnung des Werts des Streitgegenstands nicht der Wert von Klage und Widerklage zusammengerechnet werden; vielmehr ist lediglich der höhere von beiden Werten maßgebend (RG. 46 423). Die Rückgabepflicht ist bei Wandlung — anders als bei Anfechtung wegen Betrugs — eine selbverständliche Folge des Rück-

tritts; der Richter kann daher über die Wandlung nicht anders entscheiden, als indem er zugleich Stellung zu der Frage nimmt, wie es mit der Rückgabepflicht gehalten werden soll, während er bei Betrugsklage hierauf nicht einzugehen braucht, wenn der Anfechtungsgegner den Anspruch auf Rückgabe bzw. Ersatz für unmögliche Rückgabe nicht geltend macht (RG. 59 93).

f. **Zurückbehaltungsrecht** bezüglich der rückzugebenden Leistungen steht nach BGB. jeder der Parteien in den Grenzen des § 320 BGB. zu; ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann daher die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigeruug nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde (BGB. § 348 Satz 2, § 467 Satz 1; vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VIc). Ob im Fall eines beiderseitigen Handelsgeschäfts der Käufer auch ein kaufmänisches Zurückbehaltungsrecht an den zurückzugebenden Waren hat, vgl. § 369 Anm. VIId 3δ. — Ob neben Geltendmachung der Wandlung gleichzeitig ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich der ursprünglich geschuldeten Leistung geltend gemacht werden kann, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VIc 1.

g. **Erfüllungsort.**

1. Verpflichtungen des Käufers und Verkäufers hinsichtlich der Ware. Der Käufer hat die Ware zurückzugeben an dem Ort, wo sie sich nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang zur Zeit der Klageerhebung (RG. 57 15) befindet (RG. 55 113), und der Verkäufer ist verpflichtet (oben Anm. IVb 1), sie dort abzunehmen. Dort ist daher der Erfüllungsort für die auf Rückgabe und Rücknahme der gelieferten Ware bezüglichen Verpflichtungen beider Teile, also namentlich für die Rückgabepflicht des Käufers und (RG. 20 360, 52 56, 57 15) für die Rücknahmepflicht des Verkäufers. So auch, wenn der Käufer nach Ablieferung die Ware von dem Ablieferungsort an seinen davon verschiedenen Niederlassungsort geschafft hat (RG. 15 III 93 GruchotsBeitr. 37 1210, RG. 50 273). Der Käufer ist nicht verpflichtet, die Ware auf seine Gefahr und Kosten zurückzusenden (RG. 55 112, vgl. § 379 Anm. IIa 3).

2. Verpflichtung des Verkäufers zur Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises.

   α. Grundlegende Frage. Die Verpflichtung des Käufers zur Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises ist Bringschuld, weil er in vollem Umfang die an ihn geschehene Leistung des Käufers, mithin auch die durch letzteren erfolgte Übersendung des Gelds rückgängig zu machen hat. Wäre nicht Zug um Zug zu erfüllen, so würde hierdurch noch nichts über den bezüglich der Leistung des Verkäufers maßgebenden Erfüllungsort entschieden sein (BGB. § 270 Abs. 4, RG. 2 122, 9 351, 13 412, 54 316). Ob daraus, daß die Rückgabeverpflichtungen bei Wandlung Zug um Zug zu erfüllen sind (oben zu e), ableitbar ist, daß, wenn im Einzelfall solche beiderseitige Verpflichtungen bestehen, ein einheitlicher Erfüllungsort für die Verpflichtungen beider Teile angenommen werden müsse (so Dernburg[3] 2 § 186 III 4, RG. 20 361, 50 272, 55 112), kann zweifelhaft sein; denn dann würde es auch zulässig sein müssen, bei dem gewöhnlichen Kauf die Klage auf Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Auslieferung der nicht versandten Ware am Wohnsitz des Verkäufers anzustellen, was verneint zu werden pflegt (entsprechend auch beim Lagergeschäft § 416 Anm. III). Aus gleichem Grund führt nicht weiter die Erwägung (RG. 42 199), daß eine geschuldete Geldleistung gegen eine dagegen geschuldete Gegenstandsleistung zurücktritt. Nichtsdestoweniger ist anzunehmen, daß für die auf Grund der Wandlung eintretende Verpflichtung des Verkäufers, den gezahlten Kaufpreis zurückzuzahlen, der Niederlassungssitz des Käufers Erfüllungsort ist; dies wird jedoch nur aus der besonderen Natur dieses Schuldverhältnisses (BGB. § 269) abgeleitet werden können. Allerdings wohl nicht (wozu RG. 26 V 00 JW. 553[6], RG. 55 113 neigen) auf Grund der Erwägung, daß die Verpflichtung der Verkäufers aus einer durch ihn erfolgten Vertragsverletzung herrührt, die es billig erscheinen läßt, auch bei Bestimmung des Erfüllungsorts in erster Reihe das Interesse des Käufers entscheiden zu lassen; denn für eine Reihe von Fällen, für

welche die gleiche Erwägung zutreffen würde, zieht die Rechtsprechung nicht diese Folgerung.

β. Die einzelnen Fälle. Die Rechtsprechung läßt zu, daß am Niederlassungssitz des Käufers die Klage erhoben wird, wenn der Antrag auf Rückzahlung unter Rücknahme der am Niederlassungssitz des Käufers befindlichen Ware lautet (RG. 10 352, 20 360, RG. 18 IX 89 GruchotsBeitr. 34 1144, 15 III 93 GruchotsBeitr. 37 1209). Nimmt man an, daß dies eine Folgerung aus der besonderen Natur des Schuldverhältnisses ist und nicht aus dem Umstand, daß Zug um Zug zu zahlen, so würde auch, wenn die Ware sich mit Willen beider Parteien an einem anderen Ort als dem Niederlassungssitz des Käufers befindet, nicht jener andere Ort (was RG. 50 272, 55 112 annehmen), sondern der Niederlassungssitz des Käufers Erfüllungsort für die Rückzahlungsverpflichtung des Verkäufers sein. Aus der gleichen Grundanschauung ergibt sich, daß der Niederlassungssitz des Käufers — nicht der des Verkäufers — auch dann der Erfüllungsort für die Rückzahlungspflicht des Verkäufers ist, wenn im Einzelfall der hierauf gerichtete Anspruch nicht im Zusammenhang mit Rückgabe von Waren stehen kann oder doch tatsächlich losgelöst von dem möglichen Zusammenhang geltend gemacht wird. So, wenn es garnicht zur Ablieferung von Ware gekommen ist (dagegen RG. 31 383), oder wenn vor Klageerhebung die Sache bereits untergegangen oder zurückgewährt war (RG. 26 V 00 JW. 553[6], Planck[3] § 467 Anm. 2f; dagegen Staub § 377 Anm. 61), oder wenn zwar die Ware bei dem Käufer vorhanden, der Klageantrag aber ohne Berücksichtigung dieses Umstands lediglich auf Rückzahlung des Kaufpreises gerichtet wird (RG. 50 272, 55 107; dagegen RG. 27 399, 52 56). — Für den Fall, daß nicht auf Grund einer Wandlung, sondern auf Grund der Behauptung, daß der Vertrag vermöge Anfechtung (wegen Irrtums oder Betrugs) von Anfang an nichtig sei, Rückzahlung des Kaufpreises und Rücknahme der Ware begehrt wurde, erachtete das Reichsgericht den Niederlassungsort des Verkäufers als maßgebend für die Zuständigkeit des anzurufenden Gerichts (RG. 49 421).

3. Befreiung des Käufers von Zahlungs- oder Abnahmepflicht. Ist der Kaufpreis noch nicht gezahlt, so ist streitig die Verpflichtung des Käufers zur Kaufpreiszahlung. Ist die letztere Verpflichtung — wie in der Regel — am Niederlassungssitz des Käufers zu erfüllen, so ist auch für die auf Befreiung von dieser Verpflichtung gerichtete Klage das für den Niederlassungssitz des Käufers zuständige Gericht maßgebend (RG. 46 195, 52 56, 55 107, vgl. 56 140). Man wird aber wohl sogar weitergehen und annehmen müssen, daß der Befreiungsanspruch selbst dann im Gerichtsstand des Niederlassungssitzes des Käufers geltend gemacht werden kann, wenn ausnahmsweise für die zu beseitigende Zahlungsverpflichtung ein anderer Gerichtsstand besteht (dagegen im Fall einer Klage auf Feststellung, daß ein behaupteter Kauf nicht abgeschlossen, RG. 56 142). Denn der Wandlungsanspruch stellt ein einheitliches Rechtsverhältnis dar, für das daher — außer soweit lediglich die körperliche Hinwegnahme von am dritten Ort befindlichen Waren in Frage kommt — ein einheitlicher Erfüllungsort des Verkäufers bestehen muß, ohne daß es auf den zufälligen und nicht notwendig dauernd gleichbleibenden Umstand ankommen kann, ob der Kaufpreis bereits ganz oder teilweise gezahlt oder nicht gezahlt ist (RG. 55 107). Für das Wandlungsverlangen als Ganzes ist aber maßgebend der Niederlassungssitz des Käufers (so RG. 55 107, falls dort die Ware), nicht (was RG. 52 58 annimmt, selbst wenn die Ware beim Käufer) der Niederlassungsort des Verkäufers. Unerheblich ist auch, in welcher äußeren Form der Befreiungsanspruch auftritt. Der Niederlassungssitz des Käufers ist daher maßgebend auch für die Klage auf Feststellung des Wandlungsrechts oder auf Erklärung des Einverständnisses mit Wandlung (dagegen RG. 52 57 für Klage auf Rückgängigmachung eines Lizenzvertrags wegen Mangelns zugesicherter Eigenschaften des patentierten und gelieferten Gegenstands) oder auf Feststellung, daß keine Pflicht zur Kaufpreiszahlung besteht (RG. 10 352).

4. Ersatzansprüche des Käufers. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Erstattung verauslagter Frachtkosten ist an dem gleichen Ort zu erfüllen wie (oben zu 1) die Ver-

pflichtung des Verkäufers auf Rücknahme der Ware (RG. 57 15; vgl. RG. 10 352). Ebenso die Verpflichtung des Verkäufers zum Ersatz von Verwenduugen des Käufers auf die Ware (RG. 55 111, 57 15). Bezüglich eines neben dem Wandlungsanspruch geltend gemachten Schadensersatzanspruchs würde an sich der Niederlassungsort des Verkäufers Erfüllungsort sein (so RG. 52 56), wenn nicht im Einzelfall jener Anspruch nur als Nebenanspruch geltend gemacht wird (unten zu 5).

5. Verbindung mehrerer Ansprüche. Kein allgemeiner Grundsatz des Inhalts besteht, daß vor dem für einen Klageantrag zuständigen Gericht auch die damit tatsächlich verbundenen Klageanträge geltend gemacht werden können (RG. 52 56). Werden mehrere verschiedenartige aus der Wandlung folgende Ansprüche gleichzeitig geltend gemacht, und stehen einzelne dieser Ansprüche zu einem anderen im Verhältnis von Nebenansprüchen zu dem Hauptanspruch, so ist auch für die Nebenansprüche der Gerichtsstand des Hauptanspruchs maßgebend (RG. 55 111, 57 15). Selbst dann ist der Erfüllungsort des Wandlungsverlangens als des Hauptanspruchs maßgebend, wenn in den Anträgen dieser Hauptanspruch nicht ausdrücklich erwähnt ist, sondern nur verschiedene Folgerungen aus ihm gezogen werden (RG. 52 58); welches der Erfüllungsort des Wandlungsverlangens, vgl. oben zu 3.

h. **Verzug des Käufers bei Rückgewähr.** Wann Verzug eintritt, vgl. oben zu e. Der Verkäufer kann, nachdem die Wandlung vollzogen ist, auf Rückgewähr klagen (unten Anm. VIII d) und ein auf Herausgabe lautendes Urteil vollstrecken lassen; ergibt sich die Unmöglichkeit der Herausgabe, so sind wohl BGB. §§ 323—325 zur entsprechenden Anwendung zu bringen. Statt wie vorstehend zu verfahren, kann der Verkäufer, nachdem Käufer mit Rückgewähr des empfangenen Gegenstands oder eines erheblichen Teils in Verzug geraten ist, diesem eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er ablehne, nach Ablauf der Frist die Rückgewähr anzunehmen (BGB. § 354 Satz 1, § 467 Satz 1). Über Abgabe dieser Erklärung vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI. Erfolgt daraufhin nicht die Rückgewähr vor Fristablauf, so wird die Wandlung „unwirksam" (BGB. § 354 Satz 2, § 467 Satz 1). Was unter letzterem zu verstehen, ist streitig. Planck[8] § 467 Anm. 2g nimmt an, daß dadurch — außer daß der Wandlungsanspruch endgültig fortfällt — der Zustand wiederhergestellt wird, wie er vor Endgültigwerden der Wandlung bestand, daß also die etwaigen sonstigen Gewährleistungsansprüche des Käufers wiederaufleben. Dernburg[8] 2 § 186 V dagegen nimmt an, daß die übrigen Gewährleistungsansprüche nicht wiederaufleben, so daß nunmehr alle Gewährleistungsansprüche des Käufers erloschen sind. Der Ansicht Plancks wird zuzustimmen sein (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VIII a).

i. **Unberechtigtes Wandlungsverlangen des Käufers.** Durch Erhebung eines sachlich nicht gerechtfertigten Wandlungsverlangens gerät der Käufer an sich nicht in Annahmeverzug (RG. 43 47), so namentlich dann nicht, wenn das unberechtigte Verlangen erhoben wird, nachdem Käufer bereits Besitz und Eigentum erworben hatte. Hatte er dagegen nur Besitz und noch nicht Eigentum erworben, so kann ein unberechtigtes Wandlungsverlangen, da es in der Regel die Ablehnung einer Entgegennahme der Eigentumsübertragung in sich schließen wird, auch Annahmeverzug (§ 373 Anm. V b 2) begründen (dagegen anscheinend RG. aaO.).

k. **Höhe des Streitgegenstands.** Die Höhe des Streitgegenstands bei einer Klage auf Feststellung der Unverbindlichkeit des nichterfüllten Vertragsteils wegen erklärter Wandlung ist das aus dem Verhältnis des Werts der mangelhaften Sache zum Preis zu ermittelnde Interesse des Käufers am Rücktritt (RG. 52 428) oder — was im wesentlichen auf dasselbe hinauskommt — der Betrag, den der Käufer aufwenden müßte, um die Mangelhaftigkeit zu beseitigen (OLG. Braunschweig 6 IV 05 OLGRspr. 11 167). Für die Klage auf Rückgewähr des Gezahlten ist Streitgegenstand der gezahlte Betrag (RG. 52 428). Er ist (z. B. wenn nur ein Teil gezahlt ist) neben dem oben erwähnten, das Interesse an Wandlung darstellenden Betrag voll einzusetzen (OLG. Braunschweig 6 IV 05 OLGRsp. 11 167), jedoch beides zusammen höchstens bis zum Wert, den die gekaufte Sache im Fall ihrer Mangellosigkeit hätte. Der Anspruch auf Ersatz der Kosten des Rechtsstreits mit dem Weiterkäufer (oben Anm. III e 4) ist eine

nicht zur Anrechnung kommende Nebenforderung im Sinn der CPO. § 4 (RG. 55 82). Ebenso der Anspruch auf Ersatz von Futterkosten (RG. 52 166; dagegen RG. 13 396, RG. 10 VII 01 KGBl. 105) und von Fracht-, Zoll- und Lagerkosten (RG. 16 II 06 JW. 202[21]).

V. **Minderung;** deren Inhalt. Über die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Minderung vgl. oben Anm. II, III b; ob neben der Minderung Schadensersatz gefordert werden kann, vgl. oben Anm. III e; über die Form der Ausübung des Minderungsverlangens vgl. unten Anm. VIII b; über den Unterschied in der Berechnungsweise des Betrags der Minderung und des Betrags eines Schadensersatzes aus BGB. §§ 823 ff. vgl. oben Anm. III d 2. Maßgebend sind:

BGB. § 472. „Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde.

Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis die Minderung nur wegen einzelner Sachen statt, so ist bei der Herabsetzung des Preises der Gesamtwert aller Sachen zu Grunde zu legen."

BGB. § 473. „Sind neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen bedungen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so sind diese Leistungen in den Fällen der §§ 471, 472 nach dem Werte zur Zeit des Verkaufs in Geld zu veranschlagen. Die Herabsetzung der Gegenleistung des Käufers erfolgt an dem in Geld festgesetzten Preise; ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer den überschießenden Betrag dem Käufer zu vergüten."

Die vorstehende Berechnung bleibt selbst dann maßgebend, wenn der wahre Wert der Sache trotz ihres Mangels noch höher ist als der bedungene Kaufpreis (vgl. RG. 22 II 93 JW. 187[24]). War ein bestimmter Ertrag zugesichert, so besteht die in BGB. § 472 bestimmte Minderung in dem Unterschied zwischen dem kapitalisierten Wert des zugesicherten und dem kapitalisierten Wert des wirklichen Ertrags (RG. 11 VII 03 JW. Beil. 113[249]). Kann der mangelhaften Sache durch Nachbesserung der gleiche Wert verliehen werden, den eine von Anfang an mangelfreie Sache hat, so sind als Minderwert nur die Nachbesserungskosten zu ersetzen (RG. 30 VI 06 JW. 549[16]). War die gelieferte Ware infolge Mangels völlig wertlos, so kann mit der Minderungsklage, also auch ohne Wandlung, der volle Preis zurückgefordert werden (RG. 28 I 03 HoldheimsMSchr. 164). War der Kaufpreis teils gezahlt, teils gestundet, so ist der zu mindernde Betrag in gleichem Verhältnis zu verteilen; nur zu diesem Verhältnis kann Rückzahlung verlangt werden (ebenso Fraenkel DJZ. 05 405; dagegen, unter sich verschieden, Sternberg JW. 06 74, Kaufmann JW. 06 645). — In einer von BGB. § 472 Abs. 1 abweichenden Art wird nach Handelsgebrauch im Getreidehandel unter der Klausel „Berliner Arbitrage" der Minderwert festgestellt (BerlHandelsgebr. 2 64). — Der Minderungsanspruch darf noch in der Berufungsinstanz neu erhoben werden (RG 16 VI 06 JW. 471[30]).

VI. **Ersatzlieferung** bei Gattungskauf; deren Inhalt. Über die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Verlangens der Ersatzlieferung vgl. oben Anm. II, III c; ob neben der Ersatzlieferung Schadensersatz gefordert werden kann, vgl. oben Anm. III e; über die Form der Ausübung des Verlangens der Ersatzlieferung vgl. unten Anm. VIII b; über Ersatzlieferung nur in Ansehung eines Teils der Lieferung vgl. unten Anm. IX; unter welchen Umständen die Rechte aus Leistungsverzug gegeben sind, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. II d 3.

a. **Gewährleistungsanspruch oder ursprünglicher Erfüllungsanspruch?** Grundlegend für den näheren Inhalt der bei Endgültigwerden des Verlangens auf Ersatzlieferung sich ergebenden Folgerungen ist die Frage, ob dieses Verlangen ein eigenartiger Gewährleistungsanspruch ist, oder ob (so Dernburg[3] 2 § 188, anscheinend auch RG. 11 V 06 JW. 420[3] und Müller GruchotsBeitr. 50 531; früher auch Planck[2] § 480 Anm. 3; die Stelle ist fortgefallen in Planck[3]) vielmehr darin lediglich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch zu finden ist, den Käufer erhebt, indem er sich auf den Standpunkt stellt, daß durch die mangelhafte Lieferung garnicht erfüllt sei. Man wird dahin entscheiden müssen, daß der Anspruch auf Ersatzlieferung nicht der ursprüngliche Erfüllungsanspruch, sondern ein eigenartiger Anspruch ist, der nur dadurch in Beziehung zu dem Erfüllungsanspruch steht, daß er an

dessen Stelle tritt und daß ein Teil seines eigenen Inhalts durch Bezugnahme auf Teile des Inhalts des Erfüllungsanspruchs bestimmt wird. Der Ersatzlieferungsanspruch unterscheidet sich vom Erfüllungsanspruch z. B. dadurch, daß für ersteren ein anderer Erfüllungsort besteht (oben Anm. IV g, BGB. § 480 Abs. 1 Satz 2) als für letzteren; ferner dadurch, daß ersterer nur auf Lieferung Zug um Zug gegen Rückgabe der mangelhaften Ware (oben Anm. IV e, BGB. § 480 Abs. 1 Satz 2), letzterer aber auf Lieferung ohne diese Beschränkung geht; ferner dadurch daß ersterer der kurzen Verjährung der §§ 477, 478 BGB. unterliegt (BGB. § 480 Abs. 1 Satz 2), letzterer nicht. Mangelhaftigkeit der Ersatzlieferung begründet neue, ausschließlich an die Ersatzlieferung anknüpfende Gewährleistungsansprüche, deren Verjährung mit Ablieferung der Ersatzleistung beginnt (vgl. RG. 31 V 04 JW. 406[11]). Auch würde z. B. eine etwa schon vor der mangelhaften Lieferung gestellte Frist aus BGB. § 326 Abs. 1, die nach Bewirkung der mangelhaften Lieferung abgelaufen ist, nach BGB. § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 die nunmehrige Erhebung eines als mit dem Erfüllungsanspruch gleichbedeutend gedachten Ersatzlieferungsanspruchs ausschließen, während doch nicht zweifelhaft sein kann, daß auch in diesem Fall die Erhebung des Ersatzlieferungsanspruchs nach BGB. § 480 zulässig bleibt. Man wird wohl ferner annehmen müssen, daß für die Ersatzlieferung auch die Leistungszeit eine andere ist als für die ursprüngliche Lieferung; anderenfalls würde man in dem einseitigen Verlangen der Ersatzlieferung bereits eine genügende Mahnung zu finden haben, so daß (bei Zugrundlegung der unten Anm. VIII b 3 vertretenen Ansicht) in der Regel von Anfang an der Käufer in Verzug mit der Ersatzlieferung wäre und Käufer bereits gleichzeitig mit Erhebung jenes einseitigen Verlangens die Rechte aus BGB. § 326 geltend zu machen in der Lage wäre (so in der Tat Staub § 377 Anm. 86, OLG. Hamburg 27 IV 04 OLGRspr. 8 441); die Frage liegt bezüglich des Ersatzlieferungsverlangens nicht anders als bezüglich des Wandlungs- oder Minderungsverlangens auf ganze bezw. teilweise Rückzahlung des Kaufpreises: man wird in allen diesen Fällen annehmen müssen, daß die Rückzahlung nicht bereits in dem Augenblick fällig wird, in dem der Verkäufer das Verlangen des Käufers erfährt, sondern erst zu dem Zeitpunkt, zu welchem, nachdem er es erfahren hat, er frühestens nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang in der Lage ist, dem Verlangen nachzukommen. Mithin ist zu unterscheiden zwischen Verzug bezüglich der ursprünglichen Lieferung und Verzug bezüglich der Ersatzlieferung; der Anspruch auf Ersatz des Schadens, der infolge der dazwischen liegenden Verzögerung entsteht, muß aus allgemeinen Gesichtspunkten begründet werden (oben Anm. III e).

b. **Entsprechende Anwendung der §§ 464—466, 467 Satz 1, 469, 470, 474—479 BGB.** (BGB. § 480 Abs. 1 Satz 2).

1. Allgemeines. Das Verlangen der Ersatzlieferung enthält ein Festhalten am Vertrag (RG. 4 196), nur daß an die Stelle der ursprünglichen Verpflichtung des Verkäufers eine Ersatzverpflichtung tritt (oben zu a). Die Verflichtung des Käufers bleibt daher unberührt und den ursprünglichen Bedingungen unterworfen (vgl. auch die Nichterwähnung des § 471 in § 480); doch wird man annehmen müssen, daß BGB. §§ 320—322 so anzuwenden sind, als wenn in der mangelhaften Leistung teilweise Leistung läge (vgl. unten Anm. VII a), daß daher der Käufer in demselben Umfang, wie er es bei teilweiser Leistung hätte tun dürfen, seine Leistung bis zur Bewirkung der Ersatzlieferung zurückhalten darf. Die in BGB. § 480 Abs. 1 Satz 2 vorgeschriebene entsprechende Anwenduug einzelner Bestimmungen über die Wandlung bezieht sich nicht auf das Verhältnis der Ersatzlieferung zu der ursprünglich bedungenen Leistung des Käufers, sondern auf das Verhältnis der Ersatzlieferung zur Rückgabe der ursprünglich gelieferten mangelhaften Ware. Hiergegen scheint allerdings zu sprechen, daß auch BGB. § 478 für entsprechend anwendbar erklärt ist, der über das Recht bestimmt, nach Verjährung der Klage die Zahlung des Kaufpreises einredeweise zu verweigern; indessen wird die so vorgeschriebene entsprechende Anwendung doch nur dahin möglich sein, daß unter gewissen Voraussetzungen nach Verjährung das Recht, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, nur in demselben beschränkten Umfang fortbesteht („insoweit"), in welchem es bei Wahl des Ersatzlieferungsanspruchs nach obiger Ausführung überhaupt bestand. Dagegen Planck[3] § 480 Anm. 3 h,

der in vollem Umfang Weigerung der Zahlung zuläßt; abweichend wohl auch Staub § 377 Anm. 118, der anscheinend gar kein Zahlungsweigerungsrecht, sondern nur ein Aufrechnungsrecht gibt.

2. BGB. § 464 (Annahme trotz Kenntnis). Vgl. oben Anm. IIc 1.
3. BGB. §§ 465, 475, 474 („Vollziehung" der Ersatzlieferung). Vgl. unten Anm. VIII b, d.
4. BGB. § 466 (Fristsetzung durch Verkäufer). Vgl. oben Anm. IIIa 5.
5. BGB. § 467 Satz 1 (Entsprechende Anwendung der Vorschriften über vertragsmäßigen Rücktritt). Vgl. oben Anm. IIIa 1—3, IV. Auch bezüglich eines Verzichts auf den Ersatzlieferungsanspruch sind dieselben Regeln (oben Anm. IIIa 4) maßgebend wie bezüglich eines Verzichts auf den Wandlungsanspruch.
6. BGB. §§ 469, 470 (Mangelhaftigkeit eines Lieferungsteils). Vgl. unten Anm. IX.
7. BGB. § 476 (Abweichende Vereinbarungen). Vgl. unten Anm. XI.
8. BGB. §§ 477, 478 (Verjährung). Vgl. unten Anm. X. — Der § 479 BGB. bezieht sich nicht auf Ersatzlieferung, sondern auf den Schadensersatzanspruch. Ob eine entsprechende Anwendung des § 479 BGB. geboten ist, falls Aufrechnung eines verjährten Ersatzlieferungsanspruchs gegen einen auf gleichartige Sachen gerichteten Anspruch des Verkäufers eingewendet wird, ist streitig (verneinend Planck[3] § 480 Anm. 3i), aber an sich zu bejahen, da sonst die Anführung des § 479 in § 480 Abs. 1 BGB. gegenstandslos wäre. Geht man aber davon aus, daß BGB. § 479 sich überhaupt nur auf Aufrechnung gegenüber Ansprüchen aus demselben Geschäft bezieht (unten Anm. Xc 2), so kann mangels einer auf Sachleistung gerichteten Gegenforderung des Verkäufers eine entsprechende Anwendung des BGB. § 479 nicht bei Kauf, sondern nur bei Tausch oder gemischten Geschäften in Frage kommen.

VII. **Schadensersatz wegen Nichterfüllung.** Über die Voraussetzungen eines dahingehenden Anspruchs vgl. oben Anm. II, IIId; über die Form der Geltendmachung des Anspruchs vgl. unten Anm. VIIIc.

a. **Begriff.**

1. Ersatz, weil **nicht**, oder weil **mangelhaft** erfüllt? Unter „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" ist hier verstanden der Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung: nur der Unterschied des Werts zwischen der mangellosen und der mangelhaften Sache ist „nicht erfüllt" (ebenso Eccius in GruchotsBeitr. **43** 336, Staub § 377 Anm. 80, Düringer-Hachenburg **3** 151, Müller in Recht 02 578; dagegen RG. **52** 355, OLG. Hamburg 6 XII 04 OLGRspr. **10** 175); gemeint ist daher nur „Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung". Der Käufer kann mithin, wenn er dieses Recht wählt, nicht etwa — außer gemäß BGB. § 326 (worüber unten zu 3) — unter Rückgabe der erhaltenen Ware Schadensersatz so fordern, als wenn garnicht erfüllt wäre (dagegen RG. 18 IV 02 JW. Beil. 235[110], RG. **52** 355, **53** 92, OLG. Hamburg 6 XII 04 OLGRspr. **10** 175, die dies wahlweise zulassen), sondern er kann an unmittelbarem Schaden nur Ersatz des Wertunterschieds fordern und ferner den Ersatz etwaigen mittelbaren Schadens einschließlich entgangenen Gewinns, oder — was hiermit gleichbedeutend — er kann Schadensersatz so fordern, wie wenn garnicht erfüllt wäre, unter Abzug dessen, was er dadurch erhalten hat, daß teilweise erfüllt ist.
2. Wertlosigkeit des Gelieferten. Das zu 1 Erörterte gilt auch, wenn etwa im Einzelfall der Käufer an der Sache in mangelhaftem Zustand kein Interesse hat (nicht liegt dann Nichtleistung vor, Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IId 3 γ; abweichend Eccius aaO., Staub aaO.); ist die mangelhafte Sache ganz wertlos für den Käufer — dieser Fall ist wohl der gemeinte, wird aber selten vorkommen — so besteht eben der als unmittelbarer Schaden zu ersetzende Wertunterschied in dem vollen Wert einer mangellosen Sache (vgl. RG. **53** 89); der Käufer kann diesen Anspruch auch dann geltend machen, wenn er die wertlose mangelhafte Sache behält, der Verkäufer wird aber seinerseits verlangen können, daß ihm gestattet werde, die wertlose Sache wieder an sich zu nehmen.

2. Erhebung des Anspruchs vor Übergabe der Ware. Das zu 1 Erörterte bleibt auch dann maßgebend, wenn zu der Zeit, zu welcher der Ersatzanspruch geltend gemacht wird, die Ware noch nicht dem Käufer zur Annahme angeboten (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. II d 2) oder zwar so angeboten aber noch nicht endgültig angenommen ist (aaO. Anm. II d 3). Der Käufer ist zwar nicht verpflichtet, die mangelhafte Sache anzunehmen, er kann daher die Ware zurückweisen, den Verkäufer durch Mahnung in Leistungsverzug setzen (RG. 53 90; vgl. jedoch Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. II e 3β) und dann gemäß BGB. § 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Leistung fordern (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. II d 3; im Ergebnis ebenso, jedoch mit anderer Begründung, die oben zu 1 erwähnten Urteile). Er kann aber in den Fällen der §§ 463, 480 Abs. 2 BGB. auch — was hier in Betracht kommt — das aus den Gewährleistungsvorschriften sich ergebende Recht auf Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung geltend machen (RG. 53 91; dahingestellt RG. 52 356) und trotz Erhebung dieser Forderung die Ware annehmen.
4. Einfluß des Erhebens der Schadensersatzforderung auf die Kaufpreisschuld. Daraus, daß der in BGB. §§ 463, 480 Abs. 2 erwähnte Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Wahrheit nur Schadensersatz wegen teilweiser (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XIV) Nichterfüllung ist, ergibt sich, daß Käufer, wenn er dies Recht wählt, seinerseits (vorbehaltlich etwa zulässiger Aufrechnung) zur Zahlung eines ebenso hohen Teils des Kaufpreises verpflichtet bleibt, wie die gelieferte Ware Wertteil der geschuldeten ist. Von Zahlung des dann verbleibenden restlichen Teils des Kaufpreises wird er gleichfalls nicht unmittelbar frei (anders bei Nichterfüllungsschadensersatz wegen Verzugs, Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XI b 3), sondern nur (zu dieser Annahme zwingt die Fassung des § 479 BGB., unten Anm. X c 1β) insoweit zur Aufrechnung berechtigt.

b. **Inhalt.**

1. Nachbesserung oder Geldersatz. Der Anspruch auf Schadensersatz geht in erster Reihe auf Beseitigung des Mangels (BGB. § 249, oben Anm. III f). Entschädigung in Geld kann nur gefordert werden, soweit die Beseitigung nicht möglich oder zur Entschädigung des Käufers nicht genügend ist (BGB. § 251), oder wenn der Verkäufer die ihm unter eventueller Ablehnungsandrohung gestellte angemessene Frist zur Beseitigung fruchtlos verstreichen läßt (BGB. § 250). Nachbesserung kann z. B. dadurch unmöglich werden, daß der Käufer nicht mehr Eigentümer des Gegenstands ist; in solchem Fall kann unter Umständen der Käufer als Schadensersatz die Rückzahlung der von ihm geleisteten Anzahlung auf den Kaufpreis fordern (vgl. RG. 50 190). — Über Fristfestellung und Androhung der Ablehnung einer Annahme der Beseitigung nach Fristablauf vgl. Vorbem. zu §§. 375, 376 Anm. XVI.
2. Maßgebende Zeit. Maßgebend für die Schadensberechnung ist an sich der Zustand zur Leistungszeit; über die Frage, welcher andere Zeitpunkt an deren Stelle tritt, falls eine Geldentschädigung verlangt wird und gemäß BGB. § 250 eine Friststellung stattgefunden hat, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VII c.
3. Die Art der Schadensberechnung kann entweder nach Marktlage oder auch nach Abwicklungsergebnis erfolgen (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VII d). Aber auch eine Verbindung beider Berechnungsarten ist zulässig. Sowohl in der Weise, daß nach Marktlage der Wert der bedungenen mangellosen Ware abzüglich des bedungenen Kaufpreises berechnet und hiervon der dem Käufer bei Abwicklung der mangelhaften Lieferung verbliebene Betrag abzüglich des dem Verkäufer tatsächlich Gezahlten abgezogen wird, bzw., wenn das tatsächlich dem Verkäufer Gezahlte größer ist als das bei Abwicklung Erlöste, der Überschuß hinzugezählt wird [bei der vorstehenden, zwecks Vereinfachung gewählten Fassung kann allerdings unter Umständen ein Teil der Forderung Rückforderung einer geleisteten Nichtschuld, nicht Schadensersatz sein]. Oder auch in der Weise, daß der Schaden, der bei gänzlichem Unterbleiben der Leistung eingetreten wäre, durch Abwicklung, z. B. durch Deckungsankauf mangelloser Ware, festgestellt wird, und von dem so ermittelten Betrag der Verkaufswert abgezogen wird, den die gelieferte mangelhafte Ware für den

Käufer nach der Marktlage hat. Nur wenn bezüglich der Berechnung des Ergebnisses der mangelhaften Leistung die Berechnung auf Grund der Abwicklung gewählt ist, kann der Verkäufer sich darauf berufen, daß Käufer bei Weiterverkauf einen bestimmten Preis erzielt habe; wird dagegen bezüglich des Werts der mangelhaften Leistung die Berechnung nach der Marktlage gewählt, so kann der Verkäufer nicht einwenden, daß tatsächlich der Käufer die mangelhafte Ware zu höherem als dem für so mangelhafte Ware bestehenden Marktpreis verkauft habe (abweichend Staub § 377 Anm. 80), denn das Abweichen vom Marktpreis beweist, daß der Mehrerlös nicht durch die Eigenschaft der Ware, sondern durch in der Person des Käufers liegende Verhältnisse herbeigeführt ist, und es liegt kein Grund vor, warum dies dem Verkäufer zu gut kommen sollte. Bei Berechnung des Schadensersatzes nach Marktlage wird in der Regel als Mindestbetrag dasjenige gefordert werden können, was der Käufer beanspruchen könnte, wenn er Minderung gewählt hätte (vgl. RG. 11 VII 03 JW. Beil. 113[219]). Bei Berechnung nach Abwicklungsergebnis kann der Schadensersatzanspruch unter Umständen in der Weise geltend gemacht werden, daß die vom Käufer geleistete Anzahlung zurückgefordert (RG. 50 190, RG. 23 I 04 JW. 140[6]) und Erstattung der verauslagten Vertragskosten begehrt wird (RG. 23 I 04 JW. 140[6]).

VIII. **Die Ausübung der Wahl zwischen den mehreren Gewährleistungsansprüchen.**

a. **Maßgebend sind BGB. §§ 462, 463, 465, 474, 475, 480.** Nach BGB. §§ 462, 463 kann entweder Wandlung oder Minderung und in gewissen Fällen auch statt Wandlung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden. Nach BGB. § 480 Abs. 1 Satz 1 kann bei Gattungskäufen entweder Wandlung oder Minderung oder Ersatzlieferung und nach BGB. § 480 Abs. 2 in gewissen Fällen auch statt einer jener drei Möglichkeiten Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden. Es lauten:

BGB. § 465. „Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt."

BGB. § 474. „Sind auf der einen oder der anderen Seite Mehrere beteiligt, so kann von jedem und gegen jeden Minderung verlangt werden.

Mit der Vollziehung der von einem der Käufer verlangten Minderung ist die Wandelung ausgeschlossen."

BGB. § 475. „Durch die wegen eines Mangels erfolgte Minderung wird das Recht des Käufers, wegen eines anderen Mangels Wandelung oder von neuem Minderung zu verlangen, nicht ausgeschlossen." (Unter „erfolgte" ist „vollzogene" zu verstehen; Planck[3] § 475 Anm. 1.)

Nach BGB. § 480 Abs. 1 Satz 2 finden unter anderen die §§ 465, 474, 475 entsprechende Anwendung auch auf den Ersatzlieferungsanspruch.

b. **Wahlausübung bezüglich Wandlung, Minderung und Ersatzlieferung.** Bezüglich dieser drei Ansprüche ist die Art der Wahlausübung gleichmäßig gestaltet (BGB. §§ 465, 480 Abs. 1 Satz 2); bezüglich des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist dagegen anscheinend eine abweichende Regelung gewollt (unten Anm. VIIIc). Streitig aber ist, wie die im BGB. gegebene Regelung bezüglich der drei ersterwähnten Ansprüche verstanden werden muß.

1. Der Käufer darf von der getroffenen Wahl einseitig abgehen und ein anderes jener drei Rechte (oder auch das Bestehenbleiben bei der mangelhaften Lieferung) wählen, solange nicht die Wahl bezüglich eines jener Rechte vermöge eines weiter hinzukommenden Ereignisses endgültig geworden (= „vollzogen") ist (RG. 9 VI 05 JW. 492[16]; unbestritten). Da in der einseitigen Erhebung eines jener drei Verlangen zugleich ein Vertragsantrag auf Einigung über Endgültigwerden dieses Verlangens liegt (vgl. ähnlich Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. Ic 7, XVIb 3γ), so bleibt aber der Käufer, wenn er nicht seine Gebundenheit ausgeschlossen hat, innerhalb der in BGB. §§ 145 ff. bestimmten Zeit an die getroffene Wahl gebunden (ebenso Eccius in GruchotsBeitr. 43 323, Planck[3] § 465 Anm. 2a α; dagegen Dernburg[3] 2 § 185 VI, Staub § 377 Anm. 48). Nach Ablauf dieser Frist darf der Käufer, solange die Wahl nicht „vollzogen" ist, jederzeit widerrufen,

außer wenn er sich über jene Frist hinaus gebunden hatte. Im Zweifel ist aber als vom Käufer gewollt anzunehmen (ähnlich Staub aaO., Planck[3] aaO.; dagegen Eccius aaO.), daß der Verkäufer den in der Wahlerklärung liegenden Vertragsantrag des Käufers nicht nur innerhalb der im BGB. bestimmten Fristen, sondern so lange solle annehmen dürfen, bis der Käufer eine Widerrufserklärung zur Absendung abgegeben (§ 405) hat. Wann die Wahl „vollzogen" ist, und wie lange hiernach die Freiheit des Entschlußwechsels dauert, vgl. unten zu 2, 4. Eine genügende Geltendmachung mehrerer Gewährleistungsverlangen ist als vorliegend zu erachten, wenn Käufer gleichzeitig die mehreren Ansprüche (z. B. Wandlung und Minderung) erhebt, indem er dem Verkäufer die Wahl zwischen ihnen läßt (ebenso Planck[3] § 465 Anm. 2a α); denn hierin liegt ein Minderes gegenüber der eigenen Wahl. Daher ist auch eine Klage mit dem Antrag, „den Verkäufer zu verurteilen, sich entweder mit Wandlung oder mit (näher zu bezeichnender? vgl. unten zu 2α) Minderung einverstanden zu erklären", für zulässig zu erachten (CosackBR. § 127 II 3b; dagegen Dernburg[3] 2 § 185 Anm. 15, Planck[3] § 465 Anm. 2a β, Düringer-Hachenburg 3 141). Ebenso eine Klage auf Wandlung oder Ersatzlieferung nach Wahl des Verkäufers (OLG. Braunschweig 18 IX 03 OLGRspr. 8 447). Zulässig ist auch die Geltendmachung mehrerer Ansprüche in der Weise, daß der zweite nur für den Fall erhoben wird, daß der erste unbegründet sein sollte (RG. 58 178).

2. Wann wird die getroffene Wahl endgültig (oder nach der Ausdrucksweise des BGB. „vollzogen")?

α. Unbestritten ist sie jedenfalls dann endgültig, wenn Käufer und Verkäufer sich über ein bestimmtes der drei Verlangen geeinigt haben (BGB. §§ 465, 466, RG. 59 98), oder wenn Verkäufer zur Abgabe der Einverständniserklärung rechtskräftig verurteilt ist (CPO. § 894 Abs. 1 Satz 1, RG. 59 153) und, bei Abhängigkeit von einer Gegenleistung (wie in der Regel bei Wandlung und Ersatzlieferung, oben Anm. IVe, VIb 1, 5), ferner eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils gemäß CPO. §§ 726, 730 erteilt ist (CPO. § 894 Abs. 1 Satz 2). Im Fall des BGB. § 466 geht der Vertragsantrag vom Verkäufer aus, der während der gestellten Frist an sein Erbieten gebunden bleibt (Planck[3] § 466 Anm. 3b); mit dem innerhalb der Frist erklärten Wandlungsverlangen des Käufers wird die Wandlung dann vollzogen, ohne daß eine nochmalige Einverständniserklärung des Verkäufers erforderlich wird. Entsprechend auch bei einem Verlangen des Verkäufers gemäß BGB. § 469 Satz 2. Diese Fälle sind dahin zu verallgemeinern, daß stets jede Einigung genügt, gleichgültig, ob — wie in BGB. § 465 vorausgesetzt — der Käufer, oder ob der Verkäufer den Vertragsantrag stellt (Staub § 377 Anm. 46, 50). Im Fall der Minderung ist eine Einigung schon dann erreicht, wenn über den Grundsatz, daß Minderung stattzufinden hat, nicht aber bereits auch über den Betrag der Minderung ein Einverständnis erzielt ist (Planck[3] § 465 Anm. 2a α; dagegen Prot. z. BGB. 6 181, grundsätzlich auch Staub § 377 Anm. 72); denn durch jene grundsätzliche Einigung ist auch der Betrag mittels Bezugnahme auf die gesetzlichen Vorschriften (BGB. § 472) und die (sachlich feststehenden) Werte der mangellosen und der mangelhaften Sache genügend festgelegt. Über die Folgen, die ein Endgültigwerden der Minderung gegenüber einem der mehreren beteiligten Käufer oder Verkäufer auf die Beschränkung des Wahlrechts der übrigen Beteiligten ausübt, bestimmt BGB. § 474. Wandlung und Ersatzlieferung können, wenn mehrere Käufer oder Verkäufer beteiligt sind, nur von allen und gegen alle verlangt werden; erlischt das Recht für einen der Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen (BGB. § 356, § 467 Satz 1, § 480 Abs. 1 Satz 2).

β. Bestritten aber ist, ob die vorstehend erwähnten Arten des Endgültigwerdens die einzig möglichen sind. Eccius in GruchotsBeitr. 43 325, Staub § 377 Anm. 46, 50 und andere (Literatur bei Planck[3] § 462 Anm. 3a, Düringer-Hachenburg 3 137) verneinen dies; sie nehmen vielmehr an, daß ein Endgültigwerden auch eintritt durch ein rechtskräftiges Urteil, das auf Ausführung des Verlangens lautet, oder durch tatsächliche Vornahme der aus dem betreffenden Verlangen sich ergebenden Handlungen

(hiergegen unten zu 4). Diese Ansicht ist nicht zu billigen, weil ohne genügenden Anhalt im Gesetz (so auch Planck[3] § 462 Anm. 3a); die Fassung des BGB. § 480 Abs. 1 Satz 1, auf die Staub Gewicht legt, kann nicht entscheiden, da der Satz 1 durch den sich anschließenden, auf BGB. § 465 verweisenden Satz 2 beschränkt wird. Doch ist zu beachten, daß eine Einigung auch in der Weise zustande kommen kann, daß der Verkäufer die aus dem einseitig erhobenen Verlangen sich ergebenden Folgerungen erfüllt und sich hierdurch stillschweigend mit jenem Verlangen einverstanden erklärt.

γ. Ferner ist von vorstehender Frage die andere zu unterscheiden, ob es, schon bevor die Wahl selbst endgültig geworden, zulässig ist, den Verkäufer rechtskräftig zu verurteilen, eine als Folge des einseitig erhobenen Verlangens sich darstellende Leistung zu bewirken. Diese Frage aber ist zu bejahen, wenn man annehmen darf, daß in jedem der drei hier in Betracht kommenden Gewährleistungsansprüche nicht nur der Anspruch auf Erklärung der Einigung, sondern von Anfang an auch der Anspruch auf Ausführung der zu erklärenden Einigung liegt (hierüber unten zu 3).

3. Geht der Anspruch nur auf **Erklärung** oder von Anfang an auch auf **Ausführung** der Einigung?

α. Hierauf geht wohl die bestehende Streitfrage zurück. Die von einigen Schriftstellern erörterten angeblichen Schwierigkeiten bezüglich der Form der Einklagung (vgl. z. B. Dernburg[3] 2 § 185 VI) und der Zulässigkeit vorläufiger Vollstreckbarkeit bestehen nur, wenn man voraussetzt, daß bis zur „Vollziehung" der Anspruch lediglich auf Erklärung gehe, und daß erst die Vollziehung den neuen Anspruch begründe, das Erklärte auch auszuführen. Eccius GruchotsBeitr. 43 325, Haymann Gruchots Beitr. 46 549 und anscheinend auch Staub § 377 Anm. 45—50, 71—73, 86 gehen umgekehrt davon aus, daß die Ansprüche von Anfang an nur auf Ausführung und garnicht auf Erklärung gehen (Literaturangaben in GruchotsBeitr. 46 510). Beide Ansichten treffen wohl nicht das Richtige; das Gesetz wird vielmehr wohl dahin auszulegen sein, daß der Käufer zwar in erster Reihe einen Anspruch auf Einverständniserklärung hat, daß aber daneben auch von Anfang an der Anspruch besteht, daß der Inhalt des Vertrags, den er abgeschlossen verlangen kann, auch verwirklicht werde (so auch Planck[3] § 462 Anm. 3a a. E., § 465 Anm. 2a).

β. Anspruch auf Erklärung besteht. Für die Meinung, wonach bis zur „Vollziehung" der Anspruch nur auf Erklärung gehe, spricht der Wortlaut des § 462 BGB., denn die dort gebrauchten Ausdrücke „Rückgängigmachung des Kaufes" und „Herabsetzung des Kaufpreises" deuten auf eine Erklärung, nicht auf ein Tun (dagegen Eccius in GruchotsBeitr. 43 319). Der § 462 BGB. widerlegt daher jedenfalls die vorstehend erwähnte Ansicht von Eccius und Staub.

γ. Auch Anspruch auf Ausführung besteht. Die Meinung, daß zunächst nur ein Anspruch auf Erklärung bestehe, ist unvereinbar damit, daß in BGB. §§ 478, 490 Abs. 3 vorausgesetzt — wenngleich nicht klar gesagt — ist, daß der Käufer auch vor „Vollziehung" einer Wandlung oder Minderung einredeweise (ganz oder teilweise) die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern berechtigt sei (daß dies vorausgesetzt, nehmen auch Planck[3] § 478 Anm. 2, § 222 Anm. 3c und Dernburg[3] 2 § 191 I an), und zwar in demselben Umfang, wie vor der Vollziehung, also stets in voller Höhe bei Bestehen eines Anspruchs auf Wandlung. Unvereinbar, weil jenes in BGB. §§ 478, 490 Abs. 3 vorausgesetzte Recht bei Wandlung oder Minderung (anders wohl bei der nur „entsprechenden" Anwendung auf Ersatzlieferung; oben Anm. VI b 1) nicht anders erklärt werden kann, als durch die Annahme, daß unmittelbar auf Grund der Tatsache, daß ein Anspruch auf Wandlung bezw. auf Minderung dem Käufer zusteht, jenes Recht auf Verweigerung der Zahlung des ganzen Kaufpreises (bei Wandlungsanspruch) bezw. eines Teils des Kaufpreises (bei Minderungsanspruch) dem Käufer gegeben ist. [Hiergegen kann nicht etwa eingewendet werden, daß dies Verweigerungsrecht als ein Zurückbehaltungsrecht aufzufassen sei

(so früher Neumann[1] § 462 Anm. 2a; dagegen Eccius in GruchotsBeitr. 43 322, Staub § 377 Anm. 45, Haymann GruchotsBeitr. 46 544; vgl. auch Naumann[4] II 1b), denn nicht BGB. § 273, auf den sich Neumann berief, sondern nur BGB. §§ 320ff. könnte in Frage kommen, da bis zur Vollziehung der Wandlung der gegenseitige Vertrag noch besteht, eine Anwendung des BGB. §§ 320ff. wäre aber nur in der Weise möglich, daß die mangelhafte Erfüllung als teilweise Erfüllung aufgefaßt wird (oben Anm. VIb 1), sie würde daher nicht immer dazu führen, daß bei Anspruch auf Wandlung der ganze Kaufpreis zurückgehalten werden darf (vgl. BGB. § 320 Abs. 2), während doch dies in BGB. § 490 Abs. 3 vorausgesetzt ist.] Ist aber hiernach im BGB. ein Recht auf Verweigerung der Kaufpreiszahlung als schon vor Endgültigwerden des betreffenden Gewährleistungsverlangens bestehend vorausgesetzt, so wird entsprechend anzunehmen sein, daß der Käufer auch alle sonstigen aus dem betreffenden Verlangen ableitbaren Rechte bereits vor Endgültigwerden desselben geltend machen darf, z. B. bei Wandlung bezw. Minderung das Recht auf Rückgabe des gezahlten Kaufpreises bezw. Kaufpreisteils, bei Ersatzlieferung das Recht auf Lieferung mangelfreier Ware. Über die Frage, wann diese Ansprüche fällig werden, vgl. oben Anm. VIa. — Das Recht, auf Grund eines Wandlungsanspruchs die eigene Gegenleistung zu verweigern, würde in den Regelfällen, in denen der Verkäufer mit Zustimmung zur Wandlung in Verzug ist, auch daraus ableitbar sein, daß dann der Verkäufer schadensersatzpflichtig (BGB. § 286) und mithin (BGB. § 249) verpflichtet wäre, den Zustand gegen sich gelten zu lassen, der eingetreten wäre, wenn er bereits zugestimmt hätte (Nissen JW. 02 565).

δ. Kann unter Umständen sofort auf Ausführung eines Vertrags geklagt werden, dessen Abschluß geschuldet wird? Hier kann dahingestellt bleiben, ob in allen Fällen, in denen ein Anspruch auf Abschließung eines zum sofortigen Tun verpflichtenden Vertrags geht, von Anfang an auch ein Anspruch auf dies Tun besteht (dagegen Haymann GruchotsBeitr. 46 513). Jedenfalls muß dies aber in zahlreichen Fällen angenommen werden, insbesondere dann, wenn das Abschließen des neuen Vertrags unmittelbar auf gesetzlicher, nicht bloß auf einer durch Vorvertrag eingegangenen Verpflichtung beruht. So geht ein auf HGB. § 453 und Eisenbahn-Verkehrsordnung § 6 gestützter Anspruch nicht nur auf Abschluß des Beförderungsvertrags, sondern auch unmittelbar auf Beförderung, ein auf Rechtsanwaltsordnung § 33 gestützter Anspruch nicht nur auf Abschluß des Werkvertrags, sondern auch unmittelbar auf Vornahme der erforderlichen Beistands- oder Vertretungshandlungen, ein auf BGB. § 812 Abs. 2 gestützter Anspruch nicht nur auf Rückgängigmachung des Schuldanerkennungsvertrags, sondern auch unmittelbar auf Herausgabe dessen, was kraft jenes Schuldanerkennungsvertrags besessen wird. Schuldet z. B. B dem A eine Summe, und hat B von A ohne rechtlichen Grund die Anerkennung des Nichtbestehens des Schuldverhältnisses erlangt (vgl. BGB. § 812 Abs. 2), so würde nach der gegenteiligen Ansicht A nicht einfach auf Zahlung der Summe klagen dürfen und eine etwaige auf das Anerkenntnis gestützte Einrede des B durch die Erwiderung zurückschlagen können, daß B zur Rückgängigmachung des Anerkenntnisses verpflichtet sei sondern A müßte zunächst auf Rückgängigmachung des Anerkenntnisses klagen; ebenso würde A auch nicht in der Lage sein, gegenüber einer auf ein anderes Rechtsverhältnis gestützten Zahlungsklage des B mit jener zu Unrecht als nichtbestehend anerkannten Schuld des B aufzurechnen. Genau gleich den vorstehend erwähnten Beispielen liegt aber der Fall der Ansprüche auf Vollziehung der Wandlung bezw. Minderung. Der Umstand, daß in letzterem Fall der Käufer einseitig sein Verlangen ändern kann (worauf Eccius in GruchotsBeitr. 43 321 eine Abweichung gründen will), ist nicht entscheidend, denn auch in anderen Fällen kann auf die Gegenleistung bereits geklagt werden zu einer Zeit, zu welcher der Kläger sein Verlangen noch ändern kann; so kann z. B., wenn durch den Verzug des Verkäufers die Erfüllung des Vertrags ohne Interesse für den Käufer ist (BGB. § 326 Abs. 2), letzterer auf Erfüllung klagen und dennoch auch künftig jederzeit zurücktreten.

ε. Rechtsprechung. Das Reichsgericht läßt eine Klage zu, die unmittelbar auf Ausführung der Wandlung gerichtet ist (RG. 58 424; vgl. auch 52 428), erachtet für zweifelhaft, ob (außer bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Feststellungsklage) eine Klage auf Erklärung der Wandlung bei Sachmängeln überhaupt gegeben sei (RG. 21 III 03 JW. Beil. 68[157]) und verneint die Zulässigkeit der Klage auf Erklärung bei Mängeln im Recht (RG. 21 III 03 aaO.). Die Verbindung des Anspruchs auf Erklärung mit dem Anspruch auf Ausführung in einer Klage wird zugelassen von OLG. Marienwerder 5 XI 01 OLGRspr. 4 35.

ζ. Anspruch des Verkäufers? Der Verkäufer, solange er den — sachlich berechtigten — Anspruch des Käufers auf Vollziehung oder auf Ausführung bestreitet, hat seinerseits keinen Anspruch auf Ausführung (RG. 27 397).

4. Folgerungen bei Zugrundlegung der oben zu 2 und 3 vertretenen Ansichten.

α. Wandlung. Der Käufer, der ein Wandlungsverlangen einseitig erhebt, hat die Wahl, ob er auf Einverständniserklärung mit dem erhobenen Verlangen (= „Vollziehung"), oder ob er auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe der Ware (= Ausführung) klagen will (vgl. Prot. z. BGB. 2 710). Er ist auch berechtigt, beide Klagen zu verbinden (ebenso Prot. z. BGB. 2 680, Dernburg[3] 2 185 Anm. 19). Er kann endlich in der Regel auch auf nur teilweise Ausführung klagen, so z. B. lediglich auf Ersatz seiner Verwendungen, wie etwa, wenn Verkäufer unter ausdrücklicher Erklärung, daß er hierzu nicht verpflichtet sei, den Kaufpreis unter Rücknahme der Ware zurückgegeben hat. In allen Fällen verhält sich die Klage auf Einverständniserklärung zu der Klage auf Ausführung wie einer der Vordersätze zum Schluß; nicht anders als bei einer Anfechtungsklage im Konkurs der etwaige Antrag auf Unwirksamkeitserklärung gegenüber den Konkursgläubigern zu dem Antrag auf Rückzahlung oder (RG. 54 343) bei einer Anfechtung wegen Willensmangels der etwaige Antrag auf Anerkennung der Nichtigkeit des Vertrags zum Antrag auf Rückgabe des Geleisteten. Über den Vordersatz muß jedenfalls entschieden werden, gleichgültig, ob er im Antrag steht oder nicht. Der Unterschied liegt nur darin, daß im ersten Fall diese Entscheidung Rechtskraft macht für alle möglicherweise aus jenem Vordersatz ableitbaren und nicht bereits anderweit rechtskräftig entschiedenen Folgerungen, im zweiten Fall nur in Ansehung der einzelnen ausdrücklich im Antrag gezogenen Folgerung. Die angebliche Schwierigkeit, wie es mit der Vollstreckbarkeitserklärung zu halten und wann Rechtskraft eintritt, besteht daher in Wahrheit nicht: die Einverständniserklärung ist nicht vorläufig vollstreckbar und nur gemäß CPO. § 894 der Rechtskraft fähig, während die einzelne gezogene Folgerung, falls sie auf ein Tun geht, gemäß den Vorschriften über Vollstreckung eines Tuns vorläufig vollstreckbar ist und rechtskräftig wird. Hieran ändert sich auch nichts durch eine Verbindung beider Klagen. Andererseits ist abzulehnen die Ansicht (so Staub § 377 Anm. 49, Planck[3] § 465 Anm. 2a β), daß durch rechtskräftige Verurteilung zum Tun, z. B. zur Rückzahlung des Kaufpreises (und entsprechend durch rechtskräftige Abweisung der auf Kaufpreiszahlung gerichteten Klage des Verkäufers infolge erhobener Wandlungseinrede, vgl. auch unten Anm. X c 5) die Wahl eine endgültige werde. Nur über eine einzelne Folgerung ist in solchem Fall endgültig entschieden, die Wahl selbst ist hierdurch nicht endgültig geworden, solange nicht eine Einverständniserklärung des Verkäufers hinzutritt. Ist z. B. der Verkäufer zur Rückzahlung des Kaufpreises verurteilt worden, und zahlt er nicht, so kann Käufer unter Verzicht auf die Rechte aus dem Urteil Minderung verlangen. Aber auch wenn der Kaufpreis vom Verkäufer auf Grund des rechtskräftigen Urteils zurückgezahlt ist, indem z. B. der Verkäufer gleichzeitig erklärt, daß er zwar dem Urteil nachkomme, aber dennoch hierdurch die Wandlung nicht als vollzogeu anerkennen wolle, so bleibt der Käufer berechtigt, nunmehr noch Minderung zu wählen, muß dann aber (wie es auch bei Anwendung des BGB. §§ 475, 480 Abs. 1 Satz 2 und in anderen Fällen vorkommen kann) gemäß BGB. § 812 Abs. 1 Satz 2 den ihm zurückgezahlten

Kaufpreis wieder zurückgeben. Zahlt der Verkäufer ohne einen Vorbehalt obiger Art, so wird allerdings in der Regel darin eine nunmehr erfolgende stillschweigende Einverständniserklärung mit der Wandlung zu erblicken sein. Auch wird meistens in einer Annahme des rückgezahlten Kaufpreises durch den Käufer ein stillschweigender Verzicht (oben Anm. II c 2) des letzteren auf die sonstigen Gewährleistungsansprüche liegen. Die vorstehend gezogenen Folgerungen sind unbedenklich, da der Käufer und in weitem Umfang auch der Verkäufer (unten Anm. VIII e) in der Hand hat, darauf hinzuwirken, daß die Wahl endgültig wird; die Partei, die dies unterläßt, hat sich die etwaigen ihr nachteiligen Folgen selbst zuzuschreiben. Der Fall liegt auch in dieser Beziehung nicht wesentlich anders, als wenn eine Partei nur eine Folgerung aus einem streitigen Rechtsverhältnis einklagt, ohne durch den Inhalt ihrer Anträge dafür zu sorgen, daß das Rechtsverhältnis selbst endgültig festgestellt wird.

β. Minderung, Ersatzlieferung. Alles vorstehend (zu α) an dem Beispiel der Wandlungsklage Erörterte gilt auch für die Minderungs- und entsprechend für die Ersatzlieferungsklage. Ein Antrag, den Verkäufer zu verurteilen, sich mit Minderung einverstanden zu erklären, ist genügend bestimmt, ohne daß bereits ein bestimmter Betrag der Minderung angegeben wird (oben zu 2 α). Ob nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ein solcher Antrag für sich allein nur bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Feststellungsklage gestellt werden kann, vgl. oben zu 3 ε. In einem Antrag, den Verkäufer zu verurteilen, sich mit Minderung in bestimmter Höhe einverstanden zu erklären, wird im Zweifel der eventuelle Antrag zu finden sein, ihn zu verurteilen, sich mit Minderung in der vom Richter ermessenen geringeren Höhe einverstanden zu erklären (Staub § 377 Anm. 73), so daß, wenn der Richter die Minderung um einen geringeren als den in erster Reihe beantragten Betrag für angemessen erachtet, er nicht die Klage abzuweisen, sondern auf Einverständniserklärung mit Minderung zu dem geringeren Betrag zu verurteilen hat (Dernburg[3] 2 § 185 Anm. 17; dagegen Eccius im GruchotsBeitr. 43 333). Es wird, um diesen Zweifelsgrund zu beseitigen, zweckmäßig sein (gemäß dem Vorschlag Dernburgs aaO. Anm. 13) den Klageantrag zu fassen: „Den Beklagten zu verurteilen, sich mit der Minderung des Kaufpreises einverstanden zu erklären und demgemäß an Kläger x Mk. zu zahlen".

c. **Wahlausübung bezüglich Schadensersatz wegen Nichterfüllung.** Bezüglich der Art, wie die Wahl bezüglich dieses Rechts endgültig wird, enthält das BGB. keine Vorschriften; insbesondere sind die für die drei anderen Rechte geltenden Bestimmungen nicht für anwendbar erklärt. Daher wird angenommen werden müssen, daß in dieser Beziehung die allgemeinen Grundsätze (deren Inhalt jedoch streitig, Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVII b 3) zur Anwendung kommen, daß daher (bei Zugrundlegung der hier vertretenen Ansicht) das Verlangen von Schadensersatz wegen Nichterfüllung, nachdem einmal erklärt, nicht mehr einseitig mit einem anderen Gewährleistungsverlangen vertauscht werden kann (dagegen Eccius in Gruchots Beitr. 43 316). Ob nach „vollzogener" Wandlung oder Minderung unter Umständen noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden kann, vgl. nachstehend zu d 1.

d. **Folgen des Endgültigwerdens.**

1. Folgen in Ansehung **desselben** Mangels. Die getroffene Wahl ist nunmehr endgültig bindend zum Vorteil und Nachteil beider Teile; auch der Verkäufer kann sich hierauf berufen. Dies gilt auch dann, wenn in Wahrheit gar kein Mangel vorlag (Staub § 377 Anm. 86). Über die Möglichkeit, im beiderseitigen Einverständnis das endgültig gewordene Recht zu ändern, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVII a 2. Ist eines der vier möglichen Gewährleistungsverlangen (Anm. IV—VII) endgültig geworden, so kann wegen desselben Mangels nicht nachträglich noch ein anderes dieser Verlangen geltendgemacht werden. Insbesondere kann auch nicht etwa (was Düringer-Hachenburg 3 152 annehmen) im Fall der Arglist nach vollzogener Wandlung oder Minderung noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung (unter Berücksichtigung der durch die vollzogene Wandlung oder Minderung geschaffenen Sachlage) gefordert werden (BGB. § 463: „statt"); vielmehr nur noch (ob auch bei Wandlung, vgl. oben Anm. III e) Ersatz des mittel-

baren Schadens. Zulässig bleibt aber die Anfechtung der früheren Erklärung wegen Willensmangels bei Vorliegen der allgemeinen für eine solche Anfechtung bestehenden Voraussetzungen.

2. Folgen in Ansehung eines **anderen** Mangels. War Wandlung oder Ersatzlieferung endgültig gewählt, so kann auch nicht wegen eines anderen Mangels derselben Sache nachträglich noch ein anderes Gewährleistungsverlangen geltend gemacht werden, außer wenn etwa gleichzeitig die frühere Erklärung wegen Willensmangels wirksam angefochten wird. War dagegen Minderung endgültig gewählt, so kann wegen eines anderen Mangels erneute Minderung oder Wandlung (BGB. § 475) oder Ersatzlieferung (BGB. § 480 Abs. 1 Satz 2) oder aber — falls bezüglich des zweiten Mangels die Voraussetzungen des BGB. § 463 oder § 480 Abs. 2 vorliegen — wohl auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden. Entsprechend wird auch angenommen werden müssen, daß, wenn wegen eines Mangels Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt war, wegen eines anderen Mangels fernerer Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder aber auch Wandlung, Minderung oder Ersatzlieferung gefordert werden kann. Über die Frage, in welchen Fällen das Recht aus BGB. § 475 nicht besteht, wenn der zweite Mangel dem Käufer schon bei Endgültigwerden der ersten Wahl bekannt war, vgl. oben Anm. III a 4.

e. **Rechte des Verkäufers auf Beschränkung und Endgültigmachung der Wahl.** Der Käufer kann sich zunächst auf bloße Erstattung der Mängelanzeige (§ 377 Anm. VI a) beschränken, er braucht nicht sofort zwischen den mehreren Gewährleistungsansprüchen zu wählen (ROH. 9 207, RG. 27 395), er braucht auch nicht (ROH. 5 252, 20 351, RG. 1 247, 25 28) die Ware „zur Verfügung zu stellen“ (über diesen Ausdruck vgl. § 346 Anm. III b 2). Der Verkäufer hat dann seinerseits das Recht, unter eigener Erbietung zur Wandlung bezw. Ersatzlieferung (oder auch zu beidem nach Wahl des Käufers) dem Käufer eine angemessene Frist zu stellen mit der Aufforderung zur Erklärung darüber, ob Käufer Wandlung bezw. Ersatzlieferung verlange; Käufer kann dann nur bis zum Ablauf der Frist das betreffende Recht ausüben (oben Anm. III a 5); im Fall der Nichtausübung ist er auf die Wahl zwischen den übrig bleibenden Rechten beschränkt. Mittelbar zwingt unter Umständen der Verkäufer auch durch Anstellung einer Klage auf Zahlung des Kaufpreises — und, wenn die Zahlungsschuld befristet oder bedingt, durch Anstellung einer Klage auf künftige Leistung oder auf Feststellung — den Käufer dazu, einen bestimmten Anspruch einredeweise geltend zu machen (Staub § 377 Anm. 22, 96). Allerdings wohl nicht in allen Fällen; so ist z. B. für zulässig zu erachten, daß der Käufer gegenüber der Zahlungsklage lediglich einwendet, er brauche einen Teil des Preises nicht zu zahlen, sowohl weil er Minderung wählen könne, wie auch weil er Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen und aufrechnen könne. Macht der Käufer einen bestimmten Gewährleistungsanspruch geltend, so kann der Verkäufer — wenn jener Anspruch nicht schon durch die Geltendmachung endgültig geworden ist (oben zu c) — ihn durch Erklärung seines Einverständnisses endgültig machen (oben zu b 1, 2). Dies gilt auch, wenn der Käufer den Anspruch nur einredeweise geltend gemacht hatte (unten Anm. X c 5). — Über Fristsetzung durch Verkäufer bei Verzug des Käufers nach Endgültigwerden des Wandlungs- oder Ersatzlieferungsverlangens vgl. oben Anm. IV h, VI b 5.

IX. **Teilweise Mangelhaftigkeit.** Über Untersuchung und Mängelanzeige bei Teillieferungen vgl. § 377 Anm. V b 5.

a. **Maßgebend ist BGB. §§ 469—471, 480 Abs. 1.**

§ 469. „Sind von mehreren verkauften Sachen nur einzelne mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden, auch wenn ein Gesamtpreis für alle Sachen festgesetzt ist. Sind jedoch die Sachen als zusammengehörend verkauft, so kann jeder Teil verlangen, daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können.“

§ 470. „Die Wandelung wegen eines Mangels der Hauptsache erstreckt sich auch auf die Nebensache. Ist die Nebensache mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden.“

§ 471. „Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis die Wandelung nur in Ansehung einzelner Sachen statt, so ist der Gesamtpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Gesamtwert der Sachen in mangelfreiem Zustande zu dem Werte der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde."

§ 480 Abs. 1. „Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandelung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Auf diesen Anspruch finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften der §§ 464 bis 466, des § 467 Satz 1 und der §§ 469, 470, 474 bis 479 entsprechende Anwendung."

b. **Recht des Käufers bei Wandlung oder Ersatzlieferung.** Daß bei Ausübung der Rechte auf Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung ausnahmslos nur in Ansehung des mangelhaften Teils zu mindern oder ersatzzuleisten, ist selbstverständlich.

1. Regel. Der Käufer kann wegen teilweiser Mangelhaftigkeit nur teilweise Wandlung bezw. Ersatzlieferung verlangen. Dies selbst dann, wenn ein Gesamtpreis für die mehreren Sachen festgesetzt war, und wenn die Sachen zwar als zusammengehörend verkauft sind, aber eine Trennung nicht dem Käufer nachteilig sein würde (BGB. §§ 469, 480 Abs. 1 Satz 2). Würde aber die Trennung der als zusammengehörend verkauften Sachen dem Verkäufer nachteilig sein, so kann dieser verlangen, daß die Wandlung auf alle Sachen erstreckt wird (BGB. § 469 Satz 2); die Wandlung nur in Ansehung eines Teils ist in solchem Fall unzulässig (OLG. Hamburg 11 IV 04 OLGRspr. 8 448).

2. Ausnahmen. Der Käufer kann trotz nur teilweiser Mangelhaftigkeit Wandlung bezw. Ersatzlieferung bezüglich aller Sachen fordern in folgenden zwei Fällen:

α. Wenn die Sachen als zusammengehörend verkauft sind und außerdem die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen trennbar sind (BGB. §§ 469 Satz 2, § 480 Abs. 1 Satz 2; unten zu d, e). Hierher gehört nicht der Fall der Mangelhaftigkeit einer Rate beim gewöhnlichen Ratenleistungsgeschäft; denn bei diesem sind die mehreren Raten zwar als „zusammengehörend" verkauft (unten Anm. IXd; dagegen herrschende Meinung), aber in der Regel ohne Nachteil trennbar (unten Anm. IXe).

β. Wenn der mangelfreie Teil nur die Nebensache ist (BGB. §§ 470, 480 Abs. 1 Satz 2; unten zu f).

Staub § 377 Anm. 146, 177 fügt noch zwei weitere Ausnahmefälle (zu γ und δ) hinzu:

γ. Wenn ein Teil eines größeren Postens mangelhaft geliefert ist, der andere Teil noch aussteht, und aus den Erklärungen des Verkäufers oder sonstigen Umständen hervorgeht, daß die späteren Lieferungen ebenso mangelhaft ausfallen werden.

Richtig ist, daß in solchem Fall sofort auch wegen der späteren Lieferungen die Gewährleistungsansprüche ausgeübt werden können (ebenso OLG. Naumburg 28 IV u. 15 V 03 Recht 290; abweichend RG. 57 115, RG. 11 V 06 JW. 420[3], die auf diesen Fall „tätlicher Vertragsverletzung" den § 326 BGB. entsprechend anwenden; hierüber vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IIe; abweichend auch Winter GruchotsBeitr. 48 202, der unter Leugnung von Gewährleistungsansprüchen ein Rücktrittsrecht aus BGB. § 325 und bei „tätlicher Vertragsverletzung" auch aus BGB. § 326 gibt). Nicht anzuerkennen dagegen ist, daß hierin eine Ausnahme von BGB. § 469 Satz 1 liegt. Denn in dem vorausgesetzten Fall handelt es sich garnicht um teilweise Mangelhaftigkeit, sondern um Mangelhaftigkeit der ganzen Ware. Der Umstand, daß ein Teil noch nicht abgeliefert ist, steht weder der Erstattung einer Mängelanzeige auch bezüglich dieses Teils (§ 377 Anm. VIc 1), noch einer sofortigen Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche bezüglich desselben (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IId 2; streitig) entgegen.

Ist Vorstehendes zutreffend, so kann daher in einem Fall, in welchem die Mangelhaftigkeit der ausstehenden Lieferungen bereits voraussehbar ist, der Käufer sofort nicht nur bezüglich einzelner (erfolgter oder ausstehender) Lieferungen, sondern statt dessen auch bezüglich aller noch ausstehenden Lieferungen oder auch bezüglich aller

Lieferungen die Gewährleistungsansprüche selbst dann geltend machen, wenn eine Trennung der einzelnen Lieferungen ohne Nachteil für ihn wäre. Der Verkäufer hat in solchem Fall nicht das Recht aus BGB. § 469 Satz 2, da die letztere Vorschrift voraussetzt, daß ein Teil nicht mangelhaft ist. Erbringt der Verkäufer aber den Gegenbeweis, daß die ausstehenden Lieferungen nicht so mangelhaft ausfallen würden wie die bisherigen, so sind die gleichen Grundsätze anzuwenden wie bei Mängeln der Stichproben einer in ihren übrigen Teilen mangellosen Ware, nämlich (§ 377 Anm. Vb 4γ) der Käufer muß — außer wenn wirtschaftliche Unteilbarkeit vorliegt (BGB. § 469 Satz 2) — die mangellosen Teile annehmen vorbehaltlich seines Anspruchs auf Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden ist, daß er auf die einheitliche Beschaffenheit der mehreren Raten, mithin auf die Mangelhaftigkeit der ausstehenden Raten und die Begründetheit der auch bezüglich dieser Raten von ihm geltend gemachten Gewährleistungsansprüche vertraute und nun trotzdem diese Raten annehmen muß.

Lehnt der Käufer die Annahme einer Rate wegen deren Mangelhaftigkeit ab, so setzt er dadurch den Verkäufer auch in Verzug (Vorbem. §§ 375, 376 Anm. IId 3γ); er erhält daher hierdurch (nach Ansicht des Reichsgerichts auch ohnedies, Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IIe) auch die Rechte aus Leistungsverzug beim Ratenleistungsgeschäft und hiermit die Möglichkeit, durch Erklärung des Rücktritts oder Wahl des Nichterfüllungsschadensersatzes ein sofortiges Freiwerden von der Abnahmepflicht bezüglich künftiger Raten auch in dem Fall herbeizuführen, daß zwar die Mangelhaftigkeit der späteren Raten noch nicht feststeht, aber infolge der trotz Beschwerde (RG. 11 V 06 JW. 420[3]) andauernden mangelhaften bisherigen Erfüllung und des hierdurch nunmehr eingetretenen Verzugs die Erfüllung des ganzen Vertrags kein Interesse mehr für den Käufer hat (BGB. § 326 Abs 2, Vorbem. §§ 375, 376 Anm. XVc 3).

Über die Rechte des Käufers bei nur vereinzelten vertragswidrigen Lieferungen vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IIe 4γ.

δ. Wenn bei einem Teil der Ware beim Verbrauch sich verborgene Mängel herausgestellt haben und aus den Umständen anzunehmen ist, daß auch die übrigen Posten der — bereits gelieferten oder angebotenen — Ware die gleichen Mängel haben werden. Auch dieser Fall ist nicht als Ausnahmefall anzuerkennen. Zuzugeben ist, daß es unerheblich, ob schon abgeliefert ist (oben zu γ). Im übrigen liegt dieser Fall ebenso wie derjenige eines Auffindens von Mängeln in den allein untersuchten Stichproben. Es gilt daher das in § 377 Anm. Vb 4 Gesagte.

3. Genehmigung eines Teils der Lieferung. Sei es, daß sie ausdrücklich erfolgt, sei es, daß sie nur unterstellt wird infolge Unterlassung rechtzeitiger Mängelanzeige, sie wirkt nur bezüglich des genehmigten Teils (§ 377 Anm. Vb 5). So, wenn im Einzelfall die Voraussetzungen vorliegen (oben zu 1), unter denen bei etwaiger Mangelhaftigkeit eines Teils der Käufer nur teilweise Wandlung verlangen könnte (RG. 43 67, OLG. Hamburg 9 V 87 ZHR. 36 257, Staub § 377 Anm. 145). So aber auch dann, wenn die Voraussetzungen vorliegen (oben zu 2 α, β), unter denen der Käufer wegen Sachmangels eines Teils Wandlung bezw. Ersatzlieferuug bezüglich der ganzen Lieferung fordern kann (vgl. RG. 1 63; dagegen Staub aaO.); denn die Genehmigung eines Teils, da sie nur Anerkennung der Mangellosigkeit dieses Teils ist, kann nicht weitertragende Wirkung haben als die teilweise Mangellosigkeit selbst. Hieraus folgt, daß, wenn der nichtgenehmigte Teil sich mangelhaft zeigt, und die Voraussetzungen zu 2 α oder β vorliegen, nicht etwa durch die Genehmigung des mangelhaften Teils die ganze Ware genehmigt ist (so Staub), vielmehr umgekehrt trotz Genehmigung des mangelhaften Teils nunmehr seitens des Käufers wegen der ganzen Lieferung Wandlung oder Ersatzlieferung gefordert werden kann. Anders nur, wenn ein Grund vorliegt, aus dem überhaupt eine Wandlung ausgeschlossen ist (oben Anm. II, IIIa), z. B. wenn (wie im Fall ROH. 6 381) der Käufer trotz Kenntnis des Mangels des ungenehmigten Teils über den ungenehmigten verfügt hat (abweichend Staub).

c. **Recht des Verkäufers bei Wandlung oder Ersatzlieferung.** Fordert der Käufer teilweise Wandlung oder Ersatzlieferung, so ist der Verkäufer berechtigt, die Erstreckung der Wandlung bezw. Ersatzlieferung auf alle Sachen zu verlangen, wenn gleichzeitig folgende drei Voraussetzungen vorliegen (BGB. § 469 Satz 2, § 470 Satz 2, § 480 Abs. 1 Satz 2):
   1. die mehreren Sachen müssen als zusammengehörend verkauft sein (unten zu d);
   2. die mangelhaften Sachen müssen von den übrigen nicht ohne Nachteil für den Verkäufer trennbar sein (unten zu e).
   3. die mangelhafte Sache darf zur mangelfreien nicht im Verhältnis einer Nebensache zur Hauptsache stehen (unten zu f).

Erhebt der Verkäufer ein solches Verlangen, so liegt darin erst ein Erbieten zur Wandlung bezw. Ersatzlieferung des Ganzen. Der Käufer kann nun nicht mehr teilweise Wandlung bezw. Ersatzlieferung fordern, dagegen steht ihm frei, entweder jenes Erbieten anzunehmen (und dadurch die Wahl endgültig zu machen, oben Anm. VIII b 2) oder ein anderes Gewährleistungsverlangen (z. B. Minderung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung) geltend zu machen.

d. **Als zusammengehörend verkauft.** Aus BGB. § 469 ergibt sich, daß hierunter etwas anderes verstanden ist als „unter Festsetzung eines Gesamtpreises verkauft". Das erstere Merkmal wird in der Regel ein zu letzterem hinzukommendes sein, wenngleich die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß Sachen als zusammengehörend verkauft werden ohne Festsetzung eines Gesamtpreises. Daß Zusammengehörigkeit gewollt, kann sich ergeben aus der gemeinsamen Bezeichnung der Sachen mit einem eine Sachgesamtheit oder einen Sachinbegriff nennenden Wort, wie z. B. bei Verkauf eines Warenlagers oder „aller in der Fabrik vorhandenen Vorräte, Materialien, fertigen und halbfertigen Waren" (RG. 44 236). Aber auch bei den gewöhnlichen Gattungskäufen sind die mehreren verkauften Stück in der Regel als zusammengehörend (wenngleich meist nicht als untrennbar, unten zu e) verkauft. Bei Ratenleistungsverträgen sind nicht nur die mehreren zu einer Lieferung, sondern die zu allen Lieferungen gehörenden Sachen als zusammengehörend verkauft (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XV a; dagegen Winter GruchotsBeitr. 48 201, Müller GruchotsBeitr. 50 534), wenngleich allerdings in der Regel ohne Nachteil trennbar (unten zu e, OLG. Dresden 3 XII 01 OLGRspr. 4 225).

e. **Nicht ohne Nachteil** (für Käufer bezw. Verkäufer) **trennbar.** Mit diesen Worten ist das Gleiche bezeichnet wie gewöhnlich mit dem Begriff der wirtschaftlichen Unteilbarkeit (vgl. § 377 Anm. IV c 4); nur ist im vorliegenden Fall erheblich, für welche Vertragspartei die Trennung wirtschaftliche Nachteile im Gefolge haben würde. Nicht ohne Nachteil (für den Käufer, unter Umständen für den Verkäufer, unter Umständen für beide) trennbar sind z. B. ein Farbensortiment (Bolze 6 Nr. 568), ein Viergespann, ein aus mehreren Bänden bestehendes Werk, ein Anzug, ein vollständiges Tafelgeschirr, eine Kiste Zigarren, ein Ramschposten. Ebenso mehrere Stück Ware von verschiedener Beschaffenheit, die nach einem Durchschnittspreis verkauft sind (Bolze 8 Nr. 491, 10 Nr. 469).

f. **Nebensache** ist stets das Zubehör (BGB. § 97); im übrigen sind in erster Reihe der Vertragswille und in zweiter die Verkehrsanschauung maßgebend (Planck[3] § 470 Anm. 1, Dernburg[3] 2 § 186 VII).

X. **Verjährung.**

a. **Maßgebend ist BGB. §§ 477—479, 480 Abs. 1:**

§ 477. „Der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft verjährt, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahre von der Übergabe an. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden.

Beantragt der Käufer gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises, so wird die Verjährung unterbrochen. Die Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des

Verfahrens fort. Die Vorschriften des § 211 Abs. 2 und des § 212 finden entsprechende Anwendung.

Die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines der im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche bewirkt auch die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung der anderen Ansprüche."

§ 478. „Hat der Käufer den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet, bevor der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung verjährt war, so kann er auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde. Das Gleiche gilt, wenn der Käufer vor der Vollendung der Verjährung gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat.

Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so bedarf es der Anzeige oder einer ihr nach Abs. 1 gleichstehenden Handlung nicht."

§ 479. „Der Anspruch auf Schadensersatz kann nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn der Käufer vorher eine der im § 478 bezeichneten Handlungen vorgenommen hat. Diese Beschränkung tritt nicht ein, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat."

§ 480 Abs. 1. „Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandelung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Auf diesen Anspruch finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften der §§ 464 bis 466, des § 467 Satz 1 und der §§ 469, 470, 474 bis 479 entsprechende Anwendung."

Die vorstehenden Bestimmungen beziehen sich nur auf Sachmängel; die Ansprüche aus Rechtsmängeln unterliegen der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährungsfrist des BGB. § 195 (RG. **56** 255).

b. Verjährung der Angriffsrechte des Käufers (BGB. § 477).

1. Verjährende Ansprüche.

α. Nach BGB. § 477 verjährende Ansprüche sind der Anspruch „auf Wandlung oder auf Minderung", d. h. die Ansprüche auf Einverständniserklärung mit Wandlung oder Minderung. Mit diesen Ansprüchen verjähren aber gleichzeitig die Ansprüche auf Ausführung der Wandlung oder Minderung, soweit sie unmittelbar auf die Mangelhaftigkeit (und nicht auf eine vor Verjährung endgültig gewordene Wandlung bezw. Minderung) gestützt werden; dies ist zwar in BGB. § 477 nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber — mangels gegenteiliger Vorschrift — daraus, daß (oben Anm. VIII b 4) die letzteren Ansprüche nur Folgerungen aus ersteren sind. Es gilt auch bezüglich der (oben Anm. IV c, d) aus der Wandlung abzuleitenden Nebenansprüche (BGB. § 224, RG. **5** 51, **38** 13), jedoch nicht bezüglich eines etwa auf HGB. § 354 stützbaren selbständigen Anspruchs auf Lagergeld (RG. **38** 13). Ebenso verjähren der Anspruch auf Erklärung des Einverständnisses mit Ersatzlieferung sowie die unmittelbar auf die Mangelhaftigkeit gestützten Ansprüche auf Ausführung der Ersatzlieferung. Auch die an die etwaige Mangelhaftigkeit der Ersatzleistung geknüpften entsprechenden Ansprüche (RG. 31 V 04 JW. 406[11]; wann deren Verjährung beginnt, vgl. oben Anm. VI a). Ferner verjähren gemäß BGB. § 477 die Ansprüche (oben Anm. VIII c) auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (vgl RG. 24 IV 01 JW. 407[20], 3 XII 01 JW. **02** 28[22]). Ebenso in entsprechender Anwendung des BGB. § 477 Abs. 1 der Anspruch (oben Anm. III e) auf Schadensersatz wegen Verschuldens des Verkäufers (RG. **53** 203, RG. **56** 169; dagegen Staub DJZ. **03** 389).

β. Nicht nach BGB. § 477 verjährende. Nicht der Verjährung aus BGB. § 477 (sondern der dreißigjährigen Verjährung des BGB. § 195) unterliegen die Ansprüche auf Ausführung einer endgültig gewordenen (oben Anm. VIII b 2) Wandlung, Minderung oder Ersatzlieferung (Planck[3] § 477 Anm. 1 a; streitig). Ebensowenig ist

BGB. § 477 auch auf die Fälle des HGB. § 378 entsprechend anwendbar (streitig: § 378 Anm. I; ebenso OLG. Marienwerder 3 III 03 OLGRspr. 8 70; dagegen OLG. Hamburg 11 X 04 OLGRspr. 10 341 bei Lieferung anderer als der bestellten Ware sogar unter Nichtkaufleuten, und anscheinend RG. 24 VI 04 HoldheimsMSchr. 05 24). Auf eine etwa zulässige (oben Anm. IIIg) Irrtumsanfechtung wegen Mangels ist BGB. § 477 gleichfalls nicht anwendbar (RG. 61 176).

γ. Ausschluß der Verjährung bei Arglist. Der Verjährung des BGB. § 477 unterliegt keiner der Gewährleistungsansprüche, wenn — was Käufer dartun muß — der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen (§ 377 Anm. VIIb 1) hat; nicht etwa läuft die kurze Verjährung des BGB. § 477 von Entdeckung des Mangels an (Staub § 377 Anm. 136), vielmehr greift die dreißigjährige Verjährung Platz (Planck[3] § 477 Anm. 2; anders bei der Einrede, unten Anm. Xc 4); insoweit der Anspruch auf die in dem arglistigen Verschweigen liegende unerlaubte Handlung gestützt wird (ob ein solcher Anspruch vorkommen kann, vgl. oben Anm. IIId 2), unterliegt er jedoch der dreijährigen Verjährung des BGB. § 852 (Staub § 377 Anm. 139).

2. Die Dauer der Verjährungsfrist beträgt bei beweglichen Sachen sechs Monate seit der Ablieferung. Über den Begriff der Ablieferung vgl. § 377 Anm. IIIa. Auch bei verborgenen Mängeln ist der Zeitpunkt der Ablieferung, nicht etwa derjenige der Entdeckung maßgebend (RG. 31 III 03 JW. 245[26]); ist daher nicht etwa schon vor Entdeckung Anzeige erstattet und liegt weder arglistige Verschweigung des Mangels noch vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist vor, so kann auf einen erst mehr als sechs Monate nach Ablieferung entdeckten Mangel kein Gewährleistungsanspruch (in der Regel auch nicht einredeweise; unten Anm. Xc 3) gegründet werden (RG. 61 177). Über vertragliche Verlängerung der Frist vgl. unten Anm. XId. Auch abändernde Handelsgebräuche können gemäß allgemeinen Bestimmungen in Betracht kommen (D. 225). Die Frist ist eine Verjährungs-, keine Ausschlußfrist (D. 224). Hemmung und Unterbrechung richten sich daher nach den allgemeinen Vorschriften des BGB. §§ 202—217; über Unterbrechung durch Streitverkündigung insbesondere vgl. unten zu c 3γ. Außerdem erfolgt eine Unterbrechung auch nach näherer Maßgabe des BGB. § 477 Abs. 2 durch einen vom Käufer gestellten Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme zwecks Beweissicherung. Wird der Beweissicherungsantrag zurückgenommen oder aus nicht in der Sache liegenden Gründen zurückgewiesen (BGB. § 212), so gilt die Verjährung als durch jenen Antrag unterbrochen nicht nur, wenn erneuter Beweissicherungsantrag, sondern auch wenn Klage innerhalb der sechsmonatlichen Frist des BGB. § 212 Abs. 2 erhoben wird (OLG. Hamburg OLGRspr. 3 10). — Hemmung oder Unterbrechung, die bezüglich eines der durch BGB. § 477 Abs. 1 getroffenen Ansprüche (oben zu 1) erfolgt, bewirkt zugleich Hemmung oder Unterbrechung bezüglich aller anderen durch jene Bestimmung getroffenen Ansprüche (§ 477 Abs. 3). Zur Unterbrechung durch Klage genügt, daß mit der Klage der betreffende Anspruch geltend gemacht wird, selbst wenn zunächst ein anderer Schuldgrund genannt ist (dahingestellt RG. 54 221). — Über den Zeitpunkt des Beginns der Verjährung beim Werkvertrag vgl. § 381 Anm. IId.

3. Wirkung der vollendeten Verjährung ist, daß der Verkäufer berechtigt ist, die Leistung zu verweigern (BGB. § 222 Abs. 1). Dies Recht ist nicht von Amts wegen, sondern nur auf erhobene Einrede zu berücksichtigen (Planck[3] § 222 Anm. 1). Leistet der Verkäufer in Erfüllung des verjährten Anspruchs, so kann er das Geleistete nicht zurückfordern, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist; das Gleiche gilt von einem vertragsmäßigen Anerkenntnis sowie einer Sicherheitsleistung des Verkäufers (BGB. § 222 Abs. 2). Über die Wirkung einer Verjährung der Angriffsrechte des Käufers auf seine Verteidigungsrechte vgl. unten zu c 2.

c. **Verjährung der Verteidigungsrechte des Käufers (BGB. §§ 478, 479).**

1. Die Verteidigungsrechte des Käufers vor Verjährung seiner Angriffsrechte bestehen von Anfang an in gleicher Ausdehnung wie seine Angriffsrechte. Eine Verteidigung kann daher sowohl auf den Anspruch auf Einverständniserklärung mit Wand-

lung usw., wie auch auf den Anspruch auf Ausführung der Wandlung usw., und zwar auf letzteren Anspruch in zweifacher Weise gegründet werden:

α. Einrede des Anspruchs auf Einverständniserklärung. Hat z. B. der Käufer eine Mängelanzeige erstattet und Wandlung verlangt, und klagt Verkäufer mit dem Antrag, festzustellen, daß der ursprüngliche Kaufvertrag noch zu Recht besteht, so kann der Käufer dem Verkäufer die Einrede entgegensetzen, daß dieser zur Erklärung seines Einverständnisses mit Wandlung verpflichtet sei.

β. Einrede der Nichtverpflichtung zur Kaufpreiszahlung. Die Einrede der Nichtverpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises bezw. eines Kaufpreisteils knüpft — soweit sie überhaupt zulässig ist — unmittelbar an das Vorliegen eines Sachmangels an und besteht daher auch schon vor Verjährung der Angriffsrechte des Käufers (oben Anm. VIIIb 3); sie ist aber unmittelbar nur zulässig bei Wandlung oder Minderung, dagegen wohl nur als Zurückbehaltungseinrede bei Ersatzlieferung (oben Anm. VIb 1), und nur als Aufrechnungseinrede bei Schadensersatz wegen Nichterfüllung (BGB. § 479, oben Anm. VIIa 4) oder bei Schadensersatz wegen Verschuldens bei Erfüllung (BGB. § 479 entsprechend anwendbar; RG. 56 170).

γ. Aufrechnung gegen Forderung des Verkäufers aus anderem Rechtsgeschäft. Endlich ist auch denkbar, daß Verkäufer aus einem anderen Rechtsgeschäft eine Forderung gegen den Käufer auf Zahlung von Geld oder auf Lieferung von Ware einklagt. Einer solchen auf Zahlung von Geld gerichteten Klage kann der Käufer im Weg der Aufrechnung entgegensetzen entweder einen auf seinen Anspruch zur Wandlung oder zur Minderung gestützten Anspruch auf Rückzahlung eines gezahlten Kaufpreises oder Kaufpreisteils (oben Anm. VIIIb 3) oder unter Umständen auch — gleichgültig, ob der Kaufpreis bereits gezahlt ist oder nicht — einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (oben Anm. IIId) oder wegen Zufügung eines mittelbaren Schadens durch Erfüllung (oben Anm. IIIe). Einer auf Lieferung von Waren gerichteten Klage kann der Käufer im Weg der Aufrechnung den auf seinen Anspruch zur Ersatzlieferung gestützten etwaigen Anspruch auf Lieferung gleichartiger Waren entgegensetzen.

2. Die Verteidigungsrechte des Käufers nach Verjährung seiner Angriffsrechte. Unter gewissen Voraussetzungen (unten zu 3) bleiben auch nach Verjährung der Angriffsrechte des Käufers bestimmte der zu 1 aufgezählten Verteidigungsrechte ihm erhalten. Die Fassung des BGB. §§ 478—480 läßt indessen in mehrfacher Beziehung zweifelhaft, welche derselben:

α. Die oben zu 1γ aufgeführten Rechte bleiben zweifellos nicht erhalten bei Wandlung, Minderung und Ersatzlieferung. Aber auch das zu 1γ aufgeführte Recht bei Bestehen eines Schadensersatzanspruchs geht unter (zust. RG. 56 171; ebenso OLG. Hamburg 4 II 03 OLGRspr. 8 73, Planck[3] § 479 Anm. 1, Goldmann § 373 Anm. 152; dagegen Staub § 377 Anm. 118); zwar enthält BGB. § 479 keine ausdrückliche Beschränkung, daß nur gegen die Kaufpreisforderung aufgerechnet werden dürfe, doch wäre nicht einzusehen, warum bei Bestehen eines Schadensersatzanspruchs eine Aufrechnung auch nach Verjährung in Fällen zulässig sein sollte, in denen sie bei Wandlung und Minderung ausgeschlossen ist. Der § 479 BGB. ist daher auszulegen, als wenn er lautete: „Der Anspruch auf Schadensersatz kann gegen den nichtgezahlten Kaufpreis auch nach Vollendung der Verjährung aufgerechnet werden; jedoch nur, wenn . . .“ — Soweit etwa im Einzelfall der Schadensersatzanspruch auf eine unerlaubte Handlung gestützt wird (oben Anm. IIId 2), greifen BGB. §§ 477—480 überhaupt nicht ein.

β. Die zu 1β aufgeführten Rechte bleiben zweifellos erhalten; nur ergibt sich hier — wie ebenso für die Zeit vor Verjährung der Angriffsrechte — der Zweifel, wie die entsprechende Anwendung des BGB. § 478 auf den Fall der Ersatzlieferung gedacht ist (hierüber oben Anm. VIb 1). — Um festzustellen, inwieweit (BGB. § 478: „insoweit“) die Zahlung des Kaufpreises bei Wandlung verweigert werden dürfte, sind auch

die Nebenansprüche des Käufers und diejenigen des Verkäufers (oben Anm. IV c, d) in Rechnung zu stellen, und ein etwaiger Überschuß der letzteren über erstere ist von dem noch nicht gezahlten Kaufpreis abzuziehen; nur in Höhe des dann verbleibenden Restes kann die Zahlung des Kaufpreises verweigert werden.

γ. Die zu 1α aufgeführten Rechte sind nicht als erhalten erwähnt. Dennoch wird anzunehmen sein, daß auch sie in demselben Umfang wie die zu 1β erwähnten erhalten bleiben (Gegenteil vorausgesetzt bei Staub § 414 Anm. 7), Anderenfalls wäre es möglich, daß nach Verjährung der Angriffsrechte des Käufers der Verkäufer mit dem Antrag klagte, „festzustellen, daß Verkäufer nicht verpflichtet ist, sich mit der vom Käufer verlangten Wandlung, Minderung oder Ersatzlieferung einverstanden zu erklären“; dieser Klage würde keine Einrede entgegengesetzt werden können; auf Grund der Rechtskraft des so erreichten Urteils würde Verkäufer dann den Kaufpreis einklagen können, ohne daß ihm wegen dieser Rechtskraft eine Einrede der zu 1β aufgeführten Art entgegengesetzt werden könnte.

3. Voraussetzungen für die Erhaltung von Einreden nach Verjährung der Angriffsrechte.

Tut der Käufer dar, daß der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen (§ 377 Anm. VIIb 1) hat, so bleiben die Einreden, jedoch auch dann nur in dem oben zu 2 erörterten Umfang, bestehen, ohne daß dies von einer weiteren Voraussetzung abhinge (BGB. § 478 Abs. 2, § 479 Satz 2). Lag in dem arglistigen Verschweigen eine unerlaubte Handlung (oben Anm. IIId 2), so greift BGB. § 853 ein.

Tut der Käufer nicht dar, daß der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, so kann er eine Einrede (oben zu 2) nur dann erheben, wenn er vor Verjährung seiner Angriffsrechte (oben zu b) eine der nachstehenden Handlungen vorgenommen hat:

α. Entweder muß er den Mangel dem Verkäufer angezeigt (§ 377 Anm. VIa, b, d) oder die Mängelanzeige an ihn abgesendet (§ 377 Anm. VIb) haben. Als Anzeige genügt jede Erklärung, die geeignet ist, den Mangel zur Kenntnis des Verkäufers zu bringen (RG. 59 152). So auch die Zustellung einer auf den bestimmten Mangel gestützten Klage (RG. 59 152). Ob in Zurücknahme einer solchen Wandlungsklage auch die Rücknahme der in der Klagezustellung enthaltenen Mängelanzeige liegt, und wie die Rücknahme einer Mängelanzeige wirkt, vgl. § 377 Anm. VIIId.

β. Oder der Käufer muß gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises (CPO. § 488 Abs. 1) beantragt haben. Für BGB. § 478 wird, abweichend von BGB. § 477 Abs. 2, anzunehmen sein, daß, da es hier nur auf eine einmalige Erklärung ankommt, eine Durchführung des Beweissicherungsverfahrens nicht zur Erhaltung der Einreden erforderlich ist, mithin BGB. §§ 211 Abs. 2, 212 nicht entsprechend anwendbar sind.

γ. Oder in einem zwischen dem Käufer und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreit muß der Käufer dem Verkäufer den Streit verkündet (CPO. §§ 72 ff.) haben. In diesem Fall tritt zunächst (BGB. § 215) auch Unterbrechung der Verjährung der Angriffsrechte ein (BGB. § 209 Abs. 2 Nr. 4, oben zu b 2); denn unter einem Rechtsstreit, „von dessen Ausgang“ der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer „abhängt“, versteht BGB. § 209 dasselbe, was CPO. § 72 mit den Worten kennzeichnet: „eine Partei, welche für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt“ (RG. 58 79; dagegen Dernburg[3] 2 § 191 Anm. 5). Der Rechtsstreit, in welchem der Streit verkündet ist, braucht nicht vor einem inländischen Gericht zu schweben (RG. 61 393). Der Streitverkündung gleich steht z. B. die demande en garantie des holländischen Rechts (RG. 61 393).

4. Dauer der Erhaltung der Einreden. Die Dauer der Erhaltung ist eine unbegrenzte, auch über dreißig Jahre hinaus.

5. Wirkung der Erhaltung der Einreden. Hat Verkäufer die Leistung bewirkt, Käufer aber den Kaufpreis nicht gezahlt, ist die Einrede der Wandlung erhalten, und klagt Verkäufer nach Verjährung der Angriffsrechte des Käufers auf Zahlung des Kaufpreises, so genügt es für die Verteidigung des Käufers, daß dieser die Wandlungseinrede gemäß BGB. § 478 erhebt, ohne daß er sich (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I f) ausdrücklich zur Rückgabe der Ware zu erbieten braucht. Bestreitet Verkäufer das Wandlungsrecht des Käufers, und wird die Einrede für begründet erachtet, so ist lediglich die Klage abzuweisen; das abweisende Urteil bewirkt nicht „Vollziehung" der Wandlung, da eine Entscheidung über eine Einrede nicht der Rechtskraft fähig ist (CPO. § 322, Planck[3] § 478 Anm. 2a; dagegen Dernburg[3] 2 § 191 I, der dem Verkäufer unmittelbar auf Grund des ihn abweisenden rechtskräftigen Urteils den Anspruch auf Rückgewähr des Geleisteten gibt). Der Verkäufer kann aber die einredeweise verlangte Wandlung, indem er sich mit ihr einverstanden erklärt, zur Vollziehung bringen und erlangt hierdurch den Anspruch auf Rückgabe der Ware. Diesen Anspruch kann er in demselben Rechtsstreit oder in einem besonderen Rechtsstreit geltend machen. — Entsprechendes gilt auch für die Einreden der Minderung und der Ersatzlieferung. — Hatte der Käufer durch das Rechtsgeschäft, bezüglich dessen seine Einreden wegen Sachmangels erhalten geblieben sind, Verpflichtungen übernommen entweder sofort unmittelbar gegenüber Dritten oder zwar zunächst gegenüber dem Verkäufer, aber so, daß er nach erfolgter Weiterübertragung seitens des letzteren unmittelbar dem Dritten verpflichtet wird (z. B. kraft Grundbuchglaubens oder Orderklausel), so kann zweifelhaft sein, ob, wenn er daraufhin dem Dritten hat zahlen lassen müssen, er trotz Verjährung seiner Angriffsrechte, Erstattung des Gezahlten (bei Wandlung) oder möglicherweise eines Teils (bei Minderung) klageweise gegenüber dem Verkäufer fordern kann (bejahend Nissen JW. 02 566; verneinend Planck[3] § 478 Anm. 3b). Zwar könnte man für Bejahung anführen wollen, daß in solchem Fall die angestellte Klage nicht die Gewährleistungsklage sei, sondern die Bereicherungsklage (BGB. § 813, da im Verhältnis zum Verkäufer die Gewährleistungseinrede entgegenstand). Indessen würde das Gleiche auf jeden Fall passen, in dem durch wandelbares Rechtsgeschäft etwas — auch nur an den Verkäufer — fortgegeben ist. Daher ist der verneinenden Ansicht beizutreten.

XI. **Vereinbarungen** betreffs Abweichung von den Bestimmungen des BGB. über Sachmängel. Über vertragliche Abweichungen von den Bestimmungen des HGB. vgl. § 377 Anm. IX. Über vertragliche Abweichungen von den Bestimmungen des BGB. über Rechtsmängel bestimmt BGB. § 443.

a. **Maßgebend ist BGB. § 476, § 477 Abs. 1 Satz 2, § 225 Satz 2:**

BGB. § 476. „Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt".

BGB. § 477 Abs. 1 Satz 2. „Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden."

BGB. § 225. „Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden. Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist, ist zulässig."

b. **Keine Form** braucht eingehalten zu werden, um die Vereinbarung zu treffen. Auch stillschweigend kann die Vereinbarung erfolgen. Über die Frage, inwieweit ein einseitiger Vordruck auf der Rechnung oder der Kommissionskopie erheblich ist, vgl. § 346 Anm. III a 4.

c. **Vereinbarung über Inhalt der Mängelhaftung.**

1. Wirksam, außer bei Arglist. Wie aus BGB. § 476 hervorgeht, ist im BGB. vorausgesetzt, daß die dort gegebenen Vorschriften über Sachmängel nur vertragergänzende sind, und daß durch Vertrag die Gewährleistung für Sachmängel („Fehler" und „zugesicherte Eigenschaft", Planck[3] zu § 476) sowohl ganz erlassen wie auch beschränkt werden kann. Indessen besteht nach BGB. § 476 die Ausnahme, daß eine die Haftung erlassende oder beschränkende Vereinbarung nichtig ist, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt. Hierbei ist vorausgesetzt, daß jene Vereinbarung abgeschlossen ist, bevor der

Käufer Kenntnis von dem Mangel erhalten hatte. Der § 476 BGB. bezieht sich daher nicht auch auf eine später abgeschlossene Vereinbarung; denn in einer solchen liegt ein nachträglicher Vertrag über die sich aus der Haftung wegen Arglist ergebenden Folgen, und ein solcher ist zulässig (BGB. § 276 Abs. 2). Über den Begriff des arglistigen Verschweigens und über die Frage, in welchen Fällen dem Verkäufer eine Arglist seiner Leute zuzurechnen ist, vgl. § 377 Anm. VIIb 1. Auf den Fall des Verschweigens infolge einer, wenngleich fahrlässigen, Nichtkenntnis des Verkäufers ist § 476 BGB. nicht ausdehnbar (RG. 20 IV 04 JW. 359 [18], 21 XII 04 JW. 05 79 [16]). Die Nichtigkeit der Vereinbarung, durch welche die Gewährleistung ausgeschlossen wird, erstreckt sich nicht weiter als die Arglist reicht; ist von mehreren vorhandenen Mängeln nur einer arglistig verschwiegen, so kann — vorbehaltlich etwaiger Anfechtung des ganzen Vertrags wegen Betrugs — ein Gewährleistungsanspruch nur in Ansehung des so verschwiegenen einen Mangels, nicht auch in Ansehung der übrigen, erhoben werden (RG. 62 123); BGB. § 139 ist in solchem Fall nicht anwendbar (RG. 62 126). — Der § 476 BGB. ist zwingend, soweit er persönliche Arglist des Verkäufers betrifft; dagegen ist für zulässig zu erachten eine Vertragsbestimmung des Inhalts, daß die getroffene, die Mängelhaftung erlassende oder beschränkende Vereinbarung auch dann gültig bleiben solle, wenn ein Vertreter des Verkäufers oder eine Person, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, einen Mangel arglistig verschweigen sollte (BGB. § 278 Satz 2, vgl. HGB. § 377 Anm. IXa); unter Umständen kann jedoch in solchem Fall die — allerdings nicht gemäß BGB. § 476 nichtige — Vereinbarung doch anfechtbar gemäß BGB. § 123 sein. Auch eine die Gewährleistungspflicht ausdehnende Vereinbarung ist gültig (vgl. z. B. unten zu e); die Gültigkeit einer solchen wird nicht durch arglistiges Verschweigen berührt.

2. Ausschluß der Gewährleistung. Ein vertraglicher Erlaß der Mängelhaftung liegt meist z. B. in den Vertragsklauseln „besehen", „Besicht erklärt", „wie es steht und liegt" (vgl. RG. 44 238); auch in den Klauseln „auf Besicht" oder (was hiermit gleichbedeutend) „nach Besicht" (RG. 26 VI 06 JW. 549 [17]) und „Empfang erklärt" (Dernburg [3] 2 § 184 VIII); der so erklärte Erlaß gilt auch dann, wenn in Wahrheit der Käufer die Ware nicht besichtigt hatte (RG. 44 238, RG. 26 VI 06 JW. 550 [17]). Der Erlaß erstreckt sich jedoch im Zweifel nicht auch auf diejenigen Mängel, die zur Zeit der Erklärung nicht für den Käufer erkennbar waren (RG. 26 VI 06 JW. 549 [17]). Ein stillschweigender derartiger Erlaß liegt im Zweifel in einem Kauf in Bausch und Bogen oder in einem Kauf, der nach Absicht der Parteien die Eigenschaft eines gewagten Geschäfts hat. In allen diesen Fällen bleibt der Verkäufer nur insoweit rechtlich verpflichtet, die ihm bekannten Mängel dem Käufer zu zeigen, als in dem Nichtzeigen ein arglistiges Verschweigen (oben zu 1) liegen würde (ebenso RG. 7 I 03 JW. Beil. 33 [67]; abweichend Staub § 377 Anm. 150). Ein vertraglicher Ausschluß der Gewährleistung bewirkt auch den Ausschluß jeder Haftung des Verkäufers wegen Irrtums des Käufers über Eigenschaften oder Mängel der Sache (RG. 21 XII 04 JW. 05 79 [16]; vgl. oben Anm. IIIg 2). So liegt in der vertraglichen Ausschließung einer Haftung des Verkäufers für das Maßgehalt der verkauften Einzelsache zugleich die Ausschließung der Rechte, die der Käufer auf einen Irrtum in Ansehung dieses Maßgehalts stützen könnte (RG. 18 IV 05 HoldheimsMSchr. 221).

3. Beschränkung der Gewährleistung. Eine vertragliche Beschränkung der Mängelhaftung kann z. B. dahin gehen, daß der Verkäufer für bestimmte Mängel nicht haften solle, oder dahin, daß der Käufer bestimmte unter den gesetzlichen Rechtsmitteln nicht solle geltend machen dürfen (Staub § 377 Anm. 150). Erklärt bei einem Verkauf nach Probe der Verkäufer, daß er für die innere Beschaffenheit der Ware in bestimmter Beziehung (z. B. für bestimmte Höhe des Fettgehalts) keine Gewähr übernehme, so ist dies im Zweifel dahin auszulegen, daß er dennoch dafür aufzukommen hat, daß hinsichtlich jener Beschaffenheit die Ware der Probe entspreche (RG. 24 III 02 JW. 257 [23]).

4. Ausdehnung der Gewährleistung. Eine vertragliche Ausdehnung der Mängelhaftung ist z. B. in der Weise möglich, daß dem Verkäufer die Verpflichtung zur Nachbesserung

eines etwaigen Mangels (vgl. oben Anm. III f) allgemein auferlegt wird (Dernburg[3] 2 § 184 VIII).

d. **Vereinbarung über die Länge der Verjährungsfrist.**

1. Zulässigkeit. Zulässig ist sowohl eine Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist (BGB. § 225 Satz 2, D. 224), wie auch eine Verlängerung der Verjährungsfrist (BGB. § 477 Abs. 1 Satz 2, RG. 62 433). Entsprechend ist aber auch eine sonstige Erschwerung der Verjährung für zulässig zu erachten. Zweifelhaft ist, inwieweit BGB. § 225 Satz 1 durch BGB. § 477 Abs. 1 Satz 2 geändert wird. Die Denkschrift 224 scheint die erstere Bestimmung für ganz aufgehoben zu erachten, denn sie bemerkt: „Die Vorschriften des Art. 349 Abs. 1—3 ADH." (die Denkschr. erwähnt nicht ausdrücklich Art. 349 Abs. 5), „denen zufolge, sofern nicht vertragsmäßig eine kürzere oder längere Frist festgesetzt ist, der Käufer nach Ablauf von sechs Monaten ... Klage ... nicht mehr erheben kann ..., werden ersetzt durch die §§ 477—479 und den § 225 Satz 2 BGB." Planck[3] § 477 Anm. 5 nimmt an, daß die Frist auch über 30 Jahre hinaus verlängert werden dürfe und erwähnt weder den Fall einer andersartigen Erschwerung noch den einer Ausschließung der Verjährung. Staub § 377 Anm. 151 ist der Ansicht, daß die Verjährung auch ganz ausgeschlossen werden kann. Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten, denn BGB. § 225 unterscheidet zwischen Ausschließung und Erschwerung, und nur für einen Fall der Erschwerung enthält BGB. § 477 eine abweichende Vorschrift (ROH. 23 91, auf welche Entscheidung Staub sich beruft, gestattete nach früherem Recht nur die Ausschließung der kurzen Verjährung, d. h. eine Verlängerung der Frist auf 30 Jahre, gehört mithin nicht hierher). — Auch bezüglich einer die Verjährungsfrist verkürzenden oder die Verjährung erleichternden Vereinbarung, da sie die Gewährpflicht des Verkäufers beschränkt, greift BGB. § 476 (nicht, was Staub aaO. annimmt, BGB. § 477 Abs. 1 Satz 1) dahin ein, daß sie nichtig ist, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt (vgl. oben zu c 1). — Das in BGB. §§ 478, 479 gewährte Einrederecht kann durch Vereinbarung gültig erleichtert oder erschwert oder auch ganz ausgeschlossen werden (ebenso Staub aaO.); auch hier mit der aus BGB. § 476 folgenden Ausnahme für den Fall arglistigen Verschweigens.

2. Beispiele. Ob in einer vertraglichen Verlängerung der aus HGB. § 377 sich ergebenden Anzeigefrist eine stillschweigende Verlängerung der Verjährungsfrist liegt, und um welchen Zeitraum, kann nur aus den Umständen des Einzelfalls entnommen werden. Eine Verlängerung der Verjährungsfrist ist jedoch in der Regel als gewollt zu erachten, wenn die vereinbarte Anzeigefrist länger ist als die gesetzliche Verjährungsfrist. In einer Erklärung des Verkäufers an den Käufer: „Sie brauchen die Büchsen nicht früher zu öffnen, als bis sie gebraucht werden; die Büchsen dürfen nicht früher geöffnet werden, sonst verdirbt die Ware" wurde eine vertragsmäßige Ausdehnung der Rügefrist bis zur Verwendung der Ware und eine entsprechende Ausdehnung der Verjährungsfrist gefunden (Bolze 8 Nr. 501). Die Abrede: „Die Fristen des § 377 HGB. laufen von dem Tag, an welchem dem Käufer die am überseeischen Bestimmungsort ergangene Entscheidung der Schiedsrichter zugeht" enthält gleichzeitig eine stillschweigende Hinausschiebung des Beginns der Verjährungsfrist mindestens bis zum gleichen Zeitpunkt (vgl. RG. 62 432). Über die Abrede „Ansprüche können nur innerhalb ... Tagen berücksichtigt werden" vgl. § 346 Anm. III b 2 „Reklamationen". Über den Fall eines Gewährvertrags vgl. unten zu e.

e. **Gewährvertrag** insbesondere. Ob in einem Gewährvertrag eine vertragliche Abänderung der Anzeigefrist des HGB. § 377 liegt, vgl. § 377 Anm. IX c 5. Was die Parteien im Einzelfall unter „Übernahme einer Gewähr" verstanden haben, ist Auslegungsfrage. Ist keine bestimmte Gewährfrist festgesetzt, so wird darunter in der Regel lediglich Zusicherung des Vorhandenseins einer Eigenschaft bei Kaufabschluß oder bei Gefahrübergang zu verstehen sein. Ist eine Gewährfrist festgesetzt, so kann darin entweder die Vereinbarung einer bestimmten Verjährungsfrist für geltendzumachende Ansprüche liegen (Bolze 8 Nr. 497) oder auch eine Vereinbarung verschärfter Haftung des Verkäufers für Mängel dahin, daß er nicht nur für Nichtvorhandensein bei Gefahrübergang, sondern außerdem auch — außer bei Ver-

schulden des Käufers — für Nichtentstehen während der Gewährfrist haftet. Im Zweifel wird letzteres als gewollt zu erachten sein (Staub § 377 Anm. 152, OLG. Hamburg 12 II 01 OLGRspr. 2 249). Ob in einem Fall, in dem der Vertrag in letzterer Weise ausgelegt wird, in der Abrede außerdem eine Verlängerung der Verjährungsfrist liegt, hängt von den Umständen ab (abweichend Staub aaO.); in der Regel wird dies jedoch zu bejahen sein (ROH. 4 185; ältere Literatur ROH. 6 35). Und zwar ist in den gewöhnlichen Fällen eine Änderung dahin als gewollt anzusehen, daß eine Frist von gesetzlicher Dauer laufen, aber nicht bereits mit der Ablieferung, sondern erst mit der innerhalb der Gewährfrist erfolgenden Entdeckung beginnen soll (RG. 37 82, RG. 5 XII 00 JW. 01 40[18], 21 XII 00 JW. 01 61[11], 8 II 01 JW. 190[9], 24 IV 01 JW. 407[28], OLG. Hamburg 14 X 02 OLGRspr. 8 73, OLG. Marienwerder 20 I 03 OLGRspr. 8 72; dagegen für das neue Recht Düringer-Hachenburg 3 161; einige der erwähnten Urteile lassen die Frist nicht von der Entdeckung, sondern erst von der Anzeige an laufen). Beträgt z. B. die Gewährfrist ein Jahr, und ist der Mangel drei Monate nach Ablieferung entdeckt, so ist daher die Klage nur binnen neun Monaten nach Ablieferung, nicht während der ganzen Gewährfrist zulässig (RG. 37 81, JW. 01 61[11], 190[9], 407[28]); fand dagegen die Entdeckung erst neun Monate nach Ablieferung statt, so ist die Klage binnen fünfzehn Monaten nach Ablieferung zulässig (JW. 01 40[18]). — Unter Umständen kann ein Gewährvertrag auch dahin auszulegen sein, daß der Käufer bei etwaiger Mangelhaftigkeit nicht sofort Wandlung solle verlangen dürfen, sondern dem Verkäufer zunächst Gelegenheit zur Nachbesserung geben müsse (Bolze 9 Nr. 396, OLG. Karlsruhe 8 II 01 OLGRspr. 2 477).

XII. **Beweislast.**

a. **Der Inhalt des Kaufvertrags** ist von derjenigen Partei zu beweisen, die sich darauf beruft. Dies gilt auch dann, wenn besondere Nebenabreden behauptet werden. So z. B., wenn besondere, die gesetzlichen Bestimmungen ändernde Vereinbarungen über Anzeigefrist (§ 377 Anm. IX), Verjährungsfrist oder Inhalt der Mängelhaftung (oben Anm. XI) behauptet werden (ebenso Staub § 377 Anm. 110). Ebenso aber auch, wenn Zusicherung besonderer Eigenschaften behauptet wird; beruft sich der Käufer hierauf, so hat er die Zusicherung zu beweisen, sowohl bei Sonderkauf (ROH. 20 352), wie auch bei Gattungskauf (Staub § 377 Anm. 106 gegen ROH. 3 248). Dies gilt auch dann, wenn die Zusicherung darin besteht, daß nach Probe verkauft ist, und zwar gleichfalls sowohl bei Sonderkauf (ROH. 2 420), wie auch bei Gattungskauf (Staub Exk. zu § 382 Anm. 7, 8 gegen ROH. 2 420 Anm. des Referenten, ROH. 15 54).

b. **Ausführung des Vertrags.**

1. Allgemeines.

Klagt der Käufer auf Erfüllung, so hat der Verkäufer die Erfüllung zu beweisen. Klagt der Verkäufer auf Zahlung, und erhebt der Käufer die Einrede des nichterfüllten Vertrags, so hat gleichfalls der Verkäufer die Erfüllung zu beweisen. In beiden Fällen braucht jedoch der Verkäufer nicht den vollen Beweis der Erfüllung zu erbringen, sondern hat nur zu beweisen, daß er eine seiner beiden Pflichten erfüllt hat, nämlich die Besitzverschaffungspflicht; er hat zu beweisen, daß er den Besitz verschafft (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. Vc) oder den Käufer in Besitzannahme-Verzug gesetzt (§ 373 Anm. Vb 1, 3, VI) hat. Eine etwaige Nichterfüllung bezüglich der Rechtsverschaffungspflicht hat im Bestreitungsfall der Käufer zu beweisen (BGB. § 442).

Aber auch die Erfüllung der Besitzverschaffungspflicht (durch Besitzverschaffung oder Setzung in Besitzannahme-Verzug) braucht Verkäufer nicht in allen Fällen sofort in vollem Umfang zu beweisen. Vielmehr ist zu unterscheiden, ob eine Ablieferung (§ 377 Anm. III a) erfolgt ist oder nicht, und ob Käufer die Leistung als Erfüllung angenommen (BGB. § 363) hat oder nicht; endlich kommt auch in Betracht, ob etwa Käufer schuldhaft dem Verkäufer die Beweisführung erschwert hat. Will der Verkäufer auf die Tatsache der Ablieferung eine Erleichterung seiner Beweislast stützen, und bestreitet Käufer die Ablieferung, so muß Verkäufer die Ablieferung beweisen (RG. 5 30). Entsprechend, wenn Verkäufer auf die Annahme als Erfüllung oder auf schuldhafte Erschwerung der Beweis-

führung eine Umkehrung der Beweislast stützen will, und Käufer jene Annahme als Erfüllung bzw. jene schuldhafte Erschwerung der Beweisführung bestreitet.

Folgende Fälle (unten 2—5) sind mithin zu unterscheiden:

2. Ablieferung (§ 377 Anm. IIIa) ist nicht erfolgt.

In diesem Fall hat Verkäufer, ohne daß es auf die Frage rechtzeitiger Erstattung der Mängelanzeige ankommt, in vollem Umfang sofort darzutun (und nötigenfalls zu beweisen), daß er seiner vertraglichen Verpflichtung genügt hat. Er hat daher insbesondere zu zeigen, daß er das Seinige getan hat, um dem Käufer Besitz an Ware der bedungenen Gattung, in bedungener Menge und in vorschriftsmäßiger Güte (ROH. 24 234) zu verschaffen. Behauptet der Käufer einen zur Gewährleistung verpflichtenden „Fehler" (§ 377 Anm. IVb 1), so hat Verkäufer dessen Abwesenheit zu beweisen (vgl. BGB. §§ 345, 358, 542 Abs. 3, RG. 41 222, Bolze 5 Nr. 1165, 8 Nr. 500; abw. Düringer-Hachenburg 3 135). Steht fest, daß eine Eigenschaft zugesichert ist, und bestreitet Käufer deren Vorhandensein, so hat ebenso Verkäufer dies Vorhandensein zu beweisen (RG. 47 124, Staub 1370 Fußnote 2; dagegen ROH. 20 353, RG. 20 7, 28 29), denn er hat darzutun, daß er der Vertragsabrede Genüge geleistet hat; in erster Reihe steht zur Entscheidung die Frage, ob der Vertrag ausgeführt ist, nicht die Frage, ob der Käufer einen Grund zur Aufhebung des Vertrags erlangt hat. Ebenso, wenn feststeht, daß nach Probe verkauft ist, und Käufer die Probemäßigkeit der Ware bestreitet (ROH. 6 327, Bolze 19 Nr. 557). Eine Ausnahme will RG. 47 124 zulassen, indem es dem Käufer die Beweislast für die Nichteinhaltung der Zusage auferlegt, falls eine bestimmte Herkunft der Ware zugesichert und die Herkunft nicht durch Untersuchung der Ware feststellbar ist; auch diese Ausnahme ist jedoch nicht anzuerkennen; das Erteilen der Zusicherung beweist, daß deren Inhalt den Parteien erheblich war; erteilt der Verkäufer eine solche Zusicherung, so ist es seine Sache, sich den Beweis zu sichern. — Es genügt, daß der Verkäufer dartut, daß zur Zeit des Gefahrübergangs der Mangel nicht vorhanden war (vgl. BGB. § 459). Alles Vorstehende gilt sowohl, wenn der Verkäufer klagt (ROH. 8 222), wie auch, wenn der Käufer klagt, insbesondere auch dann, wenn die Klage des Käufers auf Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises (ROH. 11 185, 15 217, Bolze 19 Nr. 557) oder auf Ersatzlieferung (Staub § 377 Anm. 107) geht. Gleichgültig ist auch, welches der mehreren Rechte Käufer geltend macht, ob Wandlung, Minderung, Ersatzlieferung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Beansprucht der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so hat er indessen die besonderen Voraussetzungen dieses Anspruchs zu beweisen, also arglistiges Verschweigen bei Sonder- und Gattungskauf, und Mangeln der zugesicherten Eigenschaft zur Zeit des Kaufsabschlusses bei Sonderkauf.

Behauptet der Verkäufer nicht Abwesenheit des Mangels, sondern bestreitet er den Anspruch aus dem Grund, weil für einen Mangel der behaupteten Art der Verkäufer überhaupt nicht hafte, so hat er die Voraussetzungen für den Ausschluß bezw. Fortfall der Haftung darzutun und nötigenfalls zu beweisen; so sowohl, wenn er einen der alle Gewährleistungsansprüche treffenden Beseitigungsgründe (oben Anm. II) behauptet, wie auch, wenn er nur geltend macht, daß der vom Käufer erhobene einzelne Anspruch unzulässig ist (z. B. oben Anm. IIIa 1, 2, 4).

3. Ablieferung (§ 377 Anm. IIIa) ist erfolgt, ohne daß feststeht, ob der Käufer die Ware als Erfüllung angenommen hat.

In diesem Fall darf der Verkäufer sich zunächst auf die Behauptung der Ablieferung beschränken.

Behauptet demgegenüber der Käufer einen Sachmangel, so hat der Käufer darzutun, daß er ordnungsmäßig und rechtzeitig eine Mängelanzeige abgesendet oder mündlich erstattet hat (RG. 3 101, 5 30, Bolze 3 Nr. 1199). Die in Betracht kommenden Tatsachen muß er so genau angeben, daß der Richter daraus zu dem Schluß gelangen kann, daß der Rügepflicht des § 377 genügt ist (ROH. 2 337, 3 46, 4 46, 23 171). Zu den anzugebenden Tatsachen gehört in der Regel auch der Zeitpunkt der Ankunft der Ware am Ablieferungsort (Bolze 13 Nr. 430; dagegen ROH. 4 47). Ebenso muß er darlegen, wann die Ware abgeliefert ist (ROH. 2 379; einen demgegenüber vom Verkäufer etwa behaupteten

früheren Zeitpunkt der Ablieferung muß jedoch der Verkäufer beweisen; vgl. oben zu 1), wann die Untersuchung begonnen, wann sie beendigt, und wann die Anzeige erstattet ist; er hat ferner den Grund etwaiger Verzögerungen aufzuklären (ROH. 2 338, 7 311).

Zweifelhaft dagegen ist, ob die Behauptung rechtzeitiger Mängelanzeige zur Begründung eines etwa vom Käufer auf Sachmängel an abgelieferter Ware gestützten Anspruchs von Anfang an notwendig ist, ob mithin der Käufer diese Behauptung auch ohne hierauf bezügliches Bestreiten des Verkäufers aufstellen, und ob das Unterlassen jener Behauptung von Amts wegen beachtet werden muß. Bejahend ROH. 7 310, 23 171, Staub § 377 Anm. 105; verneinend Bolze 5 Nr. 665, OLG. Hamburg 31 III 90 ZHR. 40 511. Der letzteren Ansicht wird beizutreten sein, denn § 377 knüpft die Unterstellung der Genehmigung nicht unmittelbar an die Ablieferung, sondern an das Unterlassen der Anzeige; wenn also der Verkäufer will, daß die Unterstellung der Genehmigung zu seinen Gunsten eingreife, muß er zunächst das Unterlassen der Anzeige behaupten; den Beweis dieses Unterlassens braucht Verkäufer allerdings nicht zu führen, da die Erstattung einer Mängelanzeige ein nur ausnahmsweise der Ablieferung folgendes Verhalten enthält, derjenige also beweispflichtig ist, der diese Ausnahme behauptet.

Will Käufer geltend machen, daß er ausnahmsweise nicht verpflichtet war, eine Mängelanzeige zu erstatten, oder daß er sie nicht alsbald nach einer der Ablieferung folgenden Untersuchung zu erstatten brauchte, so hat er die Voraussetzungen für diese Ausnahmen zu beweisen (RG. 3 101, Staub aaO.). So z. B., wenn er arglistiges Verschweigen des Mangels behauptet (ROH. 4 49, Planck[3] § 443 Anm.). Ebenso, wenn er sich auf vertragsmäßige Aufhebung oder Erleichterung der Anzeigepflicht beruft. Ebenso auch, wenn er behauptet, daß der Mangel ein verborgener war (§ 377 Abs. 2: „es sei denn", ROH. 7 430). Bei verborgenen Mängeln gilt bezüglich des Umfangs der Darlegungspflicht des Käufers Entsprechendes wie bei erkennbaren (ROH. 4 46); der Käufer muß daher eine genügend bestimmte Behauptung über den Zeitpunkt der Entdeckung und denjenigen der Anzeige aufstellen (ROH. 4 46), der Verkäufer dagegen einen etwa von ihm behaupteten früheren Zeitpunkt der Entdeckung beweisen.

Sobald feststeht, daß Käufer die Mängelanzeige ordnungsmäßig und rechtzeitig erstattet hat, oder daß er sie nicht zu erstatten brauchte, so hat nunmehr Verkäufer den Beweis der Vertragsmäßigkeit in demselben Umfang zu führen wie in dem Fall, wenn eine Ablieferung nicht erfolgt war (oben zu 2, OLG. Hamburg 22 I 03 OLGRspr. 6 355), außer wenn er dartut, daß Käufer die Leistung als Erfüllung angenommen (unten zu 4) oder ihm die Beweisführung erschwert hat (unten zu 5).

4. Käufer hat die Ware als Erfüllung angenommen.

Eine „Annahme als Erfüllung" liegt nicht schon in jeder Annahme einer Besitzübertragung (RG. 43 46), sondern erst in der hinzukommenden ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung, daß die Leistung als eine dem Vertrag in der Hauptsache entsprechende Erfüllung anerkannt werde (RG. 57 339). In den regelmäßigen Fällen des Kaufs wird „die Annahme als Erfüllung" mit der auf die Annahme der Besitzübertragung folgenden Annahme der Eigentumsübertragung (vgl. § 373 Anm. V b 2) zusammenfallen. In denjenigen Fällen dagegen, in denen die Übertragung des Eigentums früher geschieht als die Übertragung des unmittelbaren Besitzes (Besitzvertrag, Übergabe durch Verfügungspapier), wird die „Annahme als Erfüllung" in der Regel nicht vor der Übertragung des unmittelbaren Besitzes liegen (dagegen vgl. RG. 33 25). Eine Annahme als Erfüllung kann z. B. erklärt werden durch Billigung der Ware (vgl. RG. 43 46), und eine Billigung wiederum liegt in der Regel in einer vorbehaltlosen Empfangsanzeige, in einem Verfügen über die Ware (z. B. einem Verbrauchen, ROH. 6 104), im Behalten derselben während eines längeren als des für Untersuchung der Ware genügenden Zeitraums ohne Rüge (Planck[3] § 363 Anm 1, Dernburg[3] 2 § 115 II, OLGHamburg 23 IV 04 OLGRspr. 8 442), in demnächstiger Zahlung des Kaufpreises (vgl. ROH. 1 167). Ein Vorbehalt des Käufers wirkt nur insoweit, wie er einer mehrdeutigen Erklärung den Sinn einer Billigung nimmt; dagegen genügt er nicht, um die (z. B. in einer Weiterübertragung des Eigen-

tums oder in einem Verbrauch liegende) tätliche Annahme der Eigentumsübertragung zu entkräften (ähnlich Planck[3] § 363 Anm 1). Eine Annahme als Erfüllung wird in der Regel erfolgt sein im Fall erst nachträglicher Entdeckung eines zunächst verborgenen Mangels. Ebenso wohl in einer Annahme der Ware unter gleichzeitigem Vorbehalt nicht von Wandlungs- oder Ersatzlieferungs-, sondern nur von Preisminderungs- oder Schadensersatzansprüchen (vgl. Bolze 5 Nr. 1141).

Liegt „Annahme als Erfüllung" vor, so ist maßgebend BGB. § 363:

> „Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei."

Der § 363 BGB. umfaßt auch den Fall der Mangelhaftigkeit einer Leistung (RG. 57 400, OLG. Hamburg 23 IV 04 OLGRspr. 8 442). Die Umkehrung der Beweislast findet ebenso bei einem Mangel zugesicherter, wie bei einem Mangel gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften statt (ROH. 6 104).

Aus BGB. § 462 ist über die Umkehrung der Beweislast nichts herzuleiten (dagegen RG. 57 400). Denn selbst nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG. 52 354) kann mindestens unter Umständen Wandlung schon vor Ablieferung verlangt werden (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. II d 2), anerkannten Rechtes aber ist, daß vor Ablieferung der Verkäufer zu beweisen hat, daß zur Zeit des Gefahrübergangs der Mangel noch nicht vorhanden war (oben zu 2); auch würde, wenn man aus BGB. § 462 die Regelung der Beweislast ableiten wollte, der Käufer beweisen müssen, daß „der Käufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat", daß also keiner der Fälle vorliegt, in denen der Verkäufer nicht zu vertreten hat — was der Regelung der Beweislast in BGB. § 460 widerspricht; endlich wäre auffallend, daß BGB. § 442 nur für den Mangel im Recht hervorhebt, was nach der Auslegung, die das RG. dem § 462 BGB. gibt, auch für den Sachmangel gelten würde.

5. Käufer hat schuldhaft dem Verkäufer die Beweisführung wesentlich erschwert oder unmöglich gemacht. In der Rechtsprechung ist angenommen, daß auch in diesem Fall die Beweislast sich umkehrt (ROH. 19 103, RG. 5 29, 20 6, 60 152); in dieser Umkehrung der Beweislast liegt die vom Käufer geschuldete Ausgleichung des durch ihn schuldhaft dem Verkäufer verursachten Schadens (BGB. § 249 Satz 1, ROH. 12 118). Ein solches Erschweren oder Unmöglichmachen der Beweisführung liegt z. B. in einem unnötigerweise beschleunigten Verkaufen der Ware, bevor dem Verkäufer Zeit gelassen ist, die Ware auf den gerügten Mangel hin zu prüfen (ROH. 19 103, Bolze 5 Nr. 1141); ebenso in solchem Verbrauchen der Ware (ROH. 15 304); auch in einem Verändern oder Vernichten der für die Probemäßigkeit der Ware maßgebenden Probe (ROH. 9 27). Dagegen nicht in einem Verkauf gemäß § 379 Abs. 2 bei drohendem Verderb (Bolze 19 Nr. 558). Auch nicht darin, daß mit der Ware in der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entsprechenden Weise verfahren wird in einem Fall, in welchem keine Vertragspflicht zur unveränderten Aufbewahrung besteht (ROH. 12 118).

§ 378.

Abweichung in Gattung oder Menge.

Die Vorschriften des § 377 finden auch dann Anwendung, wenn eine andere als die bedungene Waare oder eine andere als die bedungene Menge von Waaren geliefert ist, sofern die gelieferte Waare nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte.

ADH. — **Entw. I** § 350. **Entw. II** § 371.

I. **Verhältnis zum BGB.** Das Verhältnis des § 378 zum BGB. ist dasselbe, wie dasjenige des § 377 zum BGB. Im § 378 ist eine Mängelanzeige für bestimmte Fälle ausdrücklich vorgeschrieben in der Weise, daß bei Unterlassung dieser Anzeige die Ware als genehmigt gilt; im BGB. dagegen ist eine solche allgemeine Vorschrift nicht enthalten, vielmehr ist ein Schluß auf einen beabsichtigten Verzicht nur nach den Umständen des Einzelfalls zulässig. — Streitig ist, ob § 378 die Vorschriften des BGB. ferner auch insoweit ändert, daß beim beiderseitigen Handelskauf, wenn die Voraussetzungen des § 378 vorliegen, nicht nur die Vorschriften des § 377, sondern außerdem auch die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Gewährleistung bei Sachmängeln zur Anwendung kommen. Bejahend Staub Anm. 5, OLG. Hamburg 11 X 04 OLGRspr. 10 342, weil, wenn man dies nicht annehmen wollte, die Absicht des Gesetzgebers vereitelt werde, da dann verschiedene Folgen eintreten, je nachdem, ob eine mangelhafte, oder ob eine Ware anderer Art geliefert ist, daher diese schwierige Unterscheidung, die gerade durch § 378 unnötig gemacht werden sollte, sofort wieder auftauche; ebenso anscheinend RG. 24 VI 04 HoldheimsMSchr. 05 24, indem es bei schuldhafter Lieferung einer anderen Sorte der gekauften Ware den Verjährungseinwand aus BGB. § 477 zuläßt. Verneinend Lehmann Nr. 7, Düringer-Hachenburg Anm. III 1, OLG. Marienwerder 3 III 03 OLGRspr. 8 70. Der Wortlaut des Gesetzes zwingt dazu, für die verneinende Ansicht zu entscheiden, denn § 378 bestimmt nur darüber, wann „die Vorschriften des § 377“ Anwendung finden, nicht darüber allgemein, wann „die Gewährleistungsvorschriften“ Anwendung finden, und der § 377 sagt nichts darüber, welche Rechte durch rechtzeitige Absendung der Anzeige erhalten werden (§ 377 Anm. VIII b).

II. **Voraussetzungen des § 378.**

a. **Beiderseitiger Handelskauf.** Vgl. § 377 Anm. II. Zwar ist diese Voraussetzung nicht ausdrücklich in § 378 wiederholt, doch muß sie aus dem Zusammenhang des § 378 mit 377 entnommen werden, da als Absicht des Gesetzgebers anzusehen ist, daß der § 378 nicht auf einen weiteren Kreis von Fällen als der § 377 Anwendung finden soll (ebenso Staub Anm. 4). Da mithin auch § 378 den Abschluß eines Vertrags voraussetzt, so ist er nur anwendbar, wenn die Ware mit der (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung geliefert wird, daß die Lieferung in Erfüllung des Vertrags geschehe (ähnlich Staub Anm. 3). Wird die Ware nicht mit dieser Erklärung geliefert, geschieht vielmehr die Lieferung in für den Käufer erkennbarer Weise so, daß hierin nur das Angebot einer Ersatzleistung liegen soll, so ist nicht § 378 anwendbar, sondern bezüglich der Frage, ob zwecks Ausschlusses der Genehmigung Anzeige erforderlich, finden die Grundsätze über Zusendung unbestellter Waren (§ 377 Anm. II b) Anwendung (Staub Anm. 3; abweichend Düringer-Hachenburg Anm. V 2 a).

b. **Ablieferung.** Vgl. § 377 Anm. III a. Auch § 378 setzt voraus, daß „geliefert ist“ (RG. 19 IV 04 JW. 341 [10]).

c. **Abweichung des Gelieferten vom Bestellten.** Nur für zwei derartige Fälle trifft § 378 Bestimmung. Über einige andere Fälle von Vertragswidrigkeiten vgl. § 377 Anm. IV c. Eine entsprechende Anwendung des § 378 auch auf solche andere Fälle von Vertragswidrigkeiten ist nicht angängig (Lehmann Nr. 1). Ebensowenig eine entsprechende Anwendung auf den Fall wesentlichen Irrtums oder erfolgter Täuschung (dagegen Lehmann Nr. 17); für diese Fälle bewendet es vielmehr bei den allgemeinen Vorschriften des BGB. über die Fristen für Anfechtung. Unter Umständen kann eine baldige Mitteilung an den Verkäufer, daß das Gelieferte vom Bestellten abweiche, auch außerhalb der Fälle des § 378 durch Treu und Glauben geboten sein, und die Unterlassung hat dann Schadensersatzpflicht zur Folge; so z. B., wenn die beim Käufer eingehende Sendung Spuren einer nach Absendung erfolgten Beraubung zeigt (Schneider ZHR. 54 95).

1. Lieferung einer anderen als der bedungenen Ware. Ob eine Abweichung der gelieferten von der bedungenen Ware derart ist, daß eine andere als die bestellte Ware,

oder so, daß zwar die bestellte Ware, aber behaftet mit einem Sachmangel, als geliefert anzusehen ist, kann nur nach der Verkehrsanschauung mit Rücksicht auf die Erheblichkeit der Abweichung entschieden werden (vgl. ROH. 24 405). Die Schwierigkeit der Unterscheidung kann sowohl bei Sonderkauf wie bei Gattungskauf vorliegen, bei ersterem namentlich dann, wenn bei Abschluß des Kaufs die Sache noch nicht hergestellt war. Die Gattungsverschiedenheit kann sowohl in Verschiedenheit des Stoffs, wie in Verschiedenheit der Form liegen, auch darin, daß eine Mischung mit anderen Stoffen stattgefunden hat. So wurden z. B. für Waren verschiedener Gattung erachtet echte und nachgemachte Zigaretten bestimmter Marke (ROH. 19 403), Wintererbsen und Sommererbsen (ROH. 24 405), Winterrübsen und Sommerrübsen (ROH. 7 410), Winterroggen und Sommerroggen (OLG. Marienwerder 3 III 03 OLGRspr. 8 70; andere Urteile, in denen darin Lieferung einer mangelhaften Ware gefunden, § 377 Anm. IV b 2), Reygras und eine Grasmischung, die neben wenig Reygras hauptsächlich Trespe enthielt (ROH. 15 415), Zuckerrübensamen und eine Mischung von Zuckerrübensamen mit Futterrübensamen (Bolze 3 Nr. 708), Oleïn (worunter im Handel Ware mit mindestens 90% freier Ölsäure verstanden) und eine nur 44—56% freie Ölsäure enthaltende Ware (Bolze 4 Nr. 706), deutscher Rotkleesamen und Bullenkleesamen (Bolze 5 Nr. 671c, 11 Nr. 402), Kornzucker (Erstprodukt) und eine Ware, bestehend aus 70% Nachprodukten und 30% verarbeiteter Melasse (Bolze 5 Nr. 673), Vieh einer vereinbarten Rasse und Vieh einer anderen Rasse (Bolze 12 Nr. 465), eine Maschine, die den Zeitanforderungen entsprechend konstruiert ist und eine solche von veralteter Konstruktion (Bolze 19 Nr. 570), Zigaretten, die in Kairo hergestellt, und solche, die aus ägyptischem Tabak in Hamburg hergestellt sind (Bolze 22 Nr. 435), Rapskuchenmehl und eine Ware, die nur Spuren von Raps enthält, im wesentlichen aus Hederich- und anderem Unkrautsamen und erheblichen Sandbeimengungen besteht (Bolze 23 Nr. 523). Dahingestellt blieb, ob anderer als der bestellte „Saazer Hopfen" eine andere Warengattung sei (RG. 28 55). Nicht für Waren verschiedener Gattung wurde erachtet reines Roggenmehl und ein Gemisch von 76% Roggenmehl mit 24% Weizenmehl (Bolze 18 Nr. 434). Unter welchen Umständen bei Lieferung von Wertpapieren ein Sach- oder Rechtsmangel, und unter welchen Umständen Lieferung eines anderen als des bestellten Gegenstands vorliegt, vgl. § 377 Anm. IV c 1.

2. Lieferung einer anderen als der bedungenen Menge. Der Fall kann sowohl vorliegen, wenn weniger, als bestellt war, geliefert ist, wie auch, wenn mehr, als bestellt war, geliefert ist.

d. **Unerheblichkeit der Abweichung.** Die Vorschriften des § 377 finden Anwendung nur, „sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte" (§ 378). „Dabei kann es dem Käufer nicht zum Nachteil gereichen, wenn der Verkäufer bei der Beurteilung der Frage, ob er auf eine Genehmigung des Käufers rechnen durfte oder sie als ausgeschlossen betrachten mußte, von falschen Voraussetzungen ausging. Ebenso ist es gleichgültig, ob der Verkäufer tatsächlich nicht erwartet hat, daß der Käufer die Ware genehmigen werde, und ob er überhaupt von der Vertragswidrigkeit der Ware Kenntnis hatte" (D. 226). Der Maßstab ist mithin ein sachlicher (RG. 17 XI 03 JW. 04 9[10] HoldheimsMSchr. 04 50). Daher ist auch gleichgültig, ob der Verkäufer überhaupt Kenntnis von der Abweichung hatte (Lehmann Nr. 6). Indessen ist doch nur dem Verkäufer gegenüber der Maßstab ein sachlicher, er ist nicht von der Person des Verkäufers abhängig. Dagegen ist bei Beantwortung der Frage, ob zu erwarten, daß Käufer genehmigen werde, nicht ausschließlich auf die sachliche Beschaffenheit der Ware, sondern auch auf etwaige in der Person des Käufers liegende Besonderheiten Rücksicht zu nehmen, z. B. (RG. 17 XI 03 JW. 04 9[10]) darauf, daß Käufer die Ware zu einem bestimmten, dem Verkäufer bekannten Zweck zu verwenden beabsichtigte, für den auch verhältnismäßig unerhebliche Abweichungen die Ware unverwendbar machen. — Ist eine Ware geliefert, die offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte, so finden die Grundsätze (§ 377 Anm. II b) Anwendung, die für den Fall der Zusendung einer unbestellten

Ware gelten (D. 226). „Offensichtlich" bedeutet nicht „äußerlich erkennbar", sondern „zweifellos erheblich" (Lehmann Nr. 9).

III. **Untersuchung und Mängelanzeige.** Vgl. § 377 Anm. V, VI. Ist zu viel oder zu wenig geliefert, so ist genügend bestimmt eine Anzeige, in der diese Tatsache angegeben ist, es bedarf nicht genauer Bezeichnung des Maßes der Zuwenig- oder Zuviellieferung (Lehmann Nr. 10).

IV. **Wirkung des Unterlassens rechtzeitiger Anzeige.** Die Ware gilt als in Ansehung der nicht rechtzeitig angezeigten Abweichungen genehmigt (§ 377 Anm VII a), außer bei Arglist des Verkäufers (§ 377 Anm VII b). Ist eine Mengenabweichung einer nach Einheitspreis verkauften Ware so genehmigt, so wird die vom Verkäufer vor oder bei Lieferung als geliefert bezeichnete Menge auch der Preisberechnung zu grund zu legen sein, ohne daß Käufer oder Verkäufer geltend machen kann, es sei weniger bezw. mehr geliefert (ebenso Lehman Nr. 10, OLG. Stettin ZHR. 54 90; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. IV 3 a, Mosse Anm. 1, Schneider ZHR. 54 91; dahingestellt OLG. Hamburg 23 XII 04 OLGRspr. 10 341).

V. **Wirkung der Erstattung rechtzeitiger Anzeige.** Vgl. § 377 Anm. VIII. Ist die hier vertretene Ansicht (oben Anm. I) zutreffend, daß § 378 nur die Vorschriften des § 377, nicht allgemein die Vorschriften des BGB. über Sachmängel für anwendbar erklärt, so treten, wenn Anzeige rechtzeitig erstattet ist, in den verschiedenen durch § 378 getroffenen Fällen verschiedene Wirkungen ein:

a. **Lieferung anderer als der bedungenen Ware.** Vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. II d 1. In diesem Fall finden die Vorschriften über nicht rechtzeitige Leistung bezw. Leistungsverzug des Verkäufers (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. V—VIII) Anwendung und zwar nicht nur dann, wenn Käufer die Annahme verweigert hatte (§ 377 Anm. III a 2), sondern auch, wenn es zur Ablieferung gekommen war. Ob die Verjährungsvorschrift des BGB. § 477 anwendbar, vgl. oben Anm. I.

b. **Lieferung größerer als der bedungenen Menge.** Vgl. § 377 Anm. IV c 4. Unter Umständen kann hierin auch ein Sachmangel liegen (§ 377 Anm. IV c 4), und dann treten die Wirkungen wie beim Vorliegen anderer Sachmängel ein. Liegt jedoch jener Fall nicht vor, liegt also in der Zuviellieferung kein Sachmangel, so ist durch Lieferung desjenigen Mengeteils der gelieferten Ware, der bestellt war, vorschriftsmäßige Lieferung erfolgt, und bezüglich des übrigen Mengeteils des Gelieferten finden die Vorschriften über Zusendung unbestellter Ware Anwendung.

c. **Lieferung geringerer als der bedungenen Menge.** Vgl. § 377 Anm. IV c 3. Auch hierin kann unter Umständen ein Sachmangel liegen (§ 377 Anm. IV c 3). Ist im Einzelfall die Lieferung der geringeren Menge kein Sachmangel, so finden die Grundsätze über teilweise Nichtlieferung (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XIII ff.) Anwendung.

VI. **Abweichende Vereinbarungen.** Vgl. § 377 Anm. IX.

VII. **Welches Orts Recht ist anwendbar?** Vgl. § 377 Anm. X.

§ 379.

Aufbewahrungspflicht, Notverkaufsrecht.

Ist der Kauf für beide Theile ein Handelsgeschäft, so ist der Käufer, wenn er die ihm von einem anderen Orte übersendete Waare beanstandet, verpflichtet, für ihre einstweilige Aufbewahrung zu sorgen.

Er kann die Waare, wenn sie dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist, unter Beobachtung der Vorschriften des § 373 verkaufen lassen.

ADH. Art. 348 Abs. 1, 5. **Entw. I** § 349. **Entw. II** § 370.

I. Gemeinsame Voraussetzungen der Aufbewahrungspflicht und des Verkaufsrechts.

a. Beiderseitiger Handelskauf. Vgl. § 377 Anm. II.

1. **Kauf.** Vgl. § 373 Anm. I, III. Liegt kein Kauf vor, so ist § 379 nicht anwendbar; doch kann auf Grund anderer Bestimmungen auch in solchen Fällen eine Aufbewahrungspflicht bestehen; so z. B. auf Grund des § 362 Abs. 2. Auf Zusendung unbestellter Ware ist § 379 auch entsprechend nicht anwendbar (Staub Anm. 28, Lehmann Nr. 2); der Käufer darf Annahme der Besitzübertragung verweigern ohne daß Aufbewahrungspflicht eintritt; er darf aber auch Besitzübertragung zwar annehmen, sich jedoch des Besitzes alsbald wieder entäußern durch Rücksendung an den Absender auf dessen Kosten (Staub aaO., Düringer-Hachenburg 3 8). Nur ausnahmsweise tritt bei Zusendung unbestellter Ware Fürsorgepflicht nach allgemeinen Grundsätzen ein, in den Grenzen nämlich, in denen § 362 Abs. 2 auf diesen Fall für entsprechend anwendbar zu erachten ist (§ 362 Anm. II a 3), und unter denjenigen Umständen ferner, unter denen ein abweichendes Verhalten als vorsätzliche, in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erfolgte Schadenszufügung (BGB. § 826) aufgefaßt werden müßte. Bei Zupackung unbestellter zu bestellter Ware nicht allgemein (was Staub annimmt; vgl. auch RG. 23 127), sondern — außer in den vorerwähnten Fällen — nur wenn die Voraussetzungen des § 378 vorliegen. Auch irrtümliche Annahme des Verkäufers vom Vorliegen einer Bestellung kann an sich nicht (was Staub annimmt) Fürsorgepflicht des Käufers begründen; wenn dem Käufer unbestellte Waren zugehen, kann er nicht wissen, ob der Verkäufer vorsätzlich oder nur irrtümlich fälschlicherweise das Vorliegen einer Bestellung behauptet. — Lehmann Nr. 1 will die Vorschrift des § 379 entsprechend in allen Fällen anwenden, in denen das BGB. eine Gewährleistungspflicht vorschreibt. Soweit diese Anwendung nicht bereits aus dem Begriff des Handelskaufs folgt (§ 373 Anm. III), ist dem nicht beizustimmen; wollte man § 379 so ausdehnen, so müßten alle Vorschriften des Abschnitts über Handelskauf so ausgedehnt werden; dies aber erscheint nicht zulässig, da gegenüber dem BGB. diese Vorschriften Ausnahmebestimmungen sind.

2. Beiderseitiger. Liegt nur einseitiges Handelsgeschäft oder gar kein Handelsgeschäft vor, so bewendet es bei dem, was sich aus der allgemeinen Vertragspflicht des Käufers zu sorgfältigem Verhalten sowie aus den Grundsätzen von Treu und Glauben ergibt (D. 225).

b. Von einem anderen Ort übersendete Ware.

1. Verschiedenheit des Ablieferungsorts vom Erfüllungsort.

Unter dem Merkmal, daß es sich um eine „von einem anderen Ort" übersandte Ware handeln muß, ist zu verstehen, daß der Ablieferungsort (§ 377 Anm. V c) verschieden sein muß von dem für die Verpflichtung des Verkäufers bestehenden (BGB. § 269) Erfüllungsort (vgl. ROH. 6 238, 9 221). Im Gegensatz hierzu erachtet allerdings RG. 11 II 97 JW. 172[25] auch bei Zusammenfallen von Erfüllungs- und Ablieferungsort einen Fernkauf nicht für ausgeschlossen, indessen zu Unrecht, denn der Umstand, daß der Verkäufer im Einzelfall die Ware nicht unmittelbar von seinem Erfüllungsort aus liefert, sondern sie etwa von außerhalb her kommen läßt, darf die Verpflichtung des Käufers nicht erschweren. — Der Fall des § 379 liegt nicht vor, wenn Erfüllungsort und bedungener Ablieferungsort zusammenfallen, der Käufer aber — ohne daß hierdurch eine vertragliche Änderung des Ablieferungsorts erfolgt — die Weiterversendung bewirken läßt (RG. 27 87). Liegt das Merkmal einer von „anderem Ort" übersandten Ware nicht vor, so bewendet es bei dem, was sich aus der allgemeinen Vertragspflicht des Käufers zu sorgfältigem Verhalten sowie aus den Grundsätzen von Treu und Glauben ergibt (D. 225).

Sowohl dafür, welcher Ort Erfüllungsort, wie auch dafür, welcher Ort Ablieferungsort, ist in erster Reihe die Abrede der Parteien entscheidend. Dagegen ist unerheblich, ob diese Abrede bereits im ursprünglichen Vertrag getroffen, oder ob sie später geändert ist (RG. 6 60); und zwar kann eine spätere vertragsmäßige Änderung des Ablieferungsorts auch in der Weise erfolgen, daß eine Partei einseitig einen anderen als den vertraglichen Ablieferungsort bestimmt, und die andere Partei sich hierbei beruhigt; es kommt mithin nicht darauf an, wo abgeliefert werden sollte, sondern wo abgeliefert worden ist (ROH. 23 59). Hatte z. B. nach dem ursprünglichen Kaufvertrag die Ablieferung am Erfüllungs-

ort des Verkäufers zu geschehen, so braucht zwar der Verkäufer die spätere Weisung des Käufers, an anderem Ort abzuliefern, nicht zu befolgen; befolgt er sie aber, so kommt § 379 zur Anwendung (RG. 6 60). Sollte umgekehrt nach dem ursprünglichen Vertrag der Verkäufer die Ware an anderem Ort als seinem Erfüllungsort abliefern, so kann er sich der Regel nach nicht weigern, dem Anfordern des Käufers, sie am Erfüllungsort des Verkäufers abzuliefern, zu entsprechen, und entspricht er demselben, so kommt § 379 nicht zur Anwendung (RG. 6 60).

Unerheblich ist ferner, ob der Ablieferungsort bereits im voraus fest bestimmt ist, oder ob z. B. ganz allgemein eine Vereinbarung dahin getroffen ist, daß die Ware an den dem Frachtführer, Verfrachter oder Speditör vom Käufer aufzugebenden Ort gesandt werden soll (RG. 6 61).

Unerheblich ist auch, ob der Kaufabschluß unter Gegenwärtigen stattgefunden hat; so kann z. B. Fernkauf vorliegen, auch wenn Käufer die Ware beim Verkäufer ausgesucht und besichtigt hat, wenn nur ausdrücklich oder stillschweigend demnächstige Übersendung vereinbart ist und nicht etwa Käufer schon beim Verkäufer die Ablieferung entgegengenommen hat (ROH. 19 1, RG. 1 IV 96 JW. 285 [22]). Ebenso ist unerheblich, ob etwa beide Vertragschließende ihren Wohnsitz am gleichen Ort haben (vgl. ROH. 6 238); denn auch in diesem Fall kann der Ablieferungsort vom Erfüllungsort des Verkäufers verschieden sein, sowohl dann, wenn der Verkäufer außerhalb abzuliefern hat, z. B. unmittelbar an den ihm vom Käufer aufgegebenen Abnehmer des letzteren, wie auch dann, wenn der Verkäufer zwar dem Käufer am gemeinsamen Wohnsitz abzuliefern hat, der Erfüllungsort des Verkäufers aber sich an einem anderen Ort befindet, was allerdings selten vorkommen wird. Umgekehrt kann Erfüllungsort des Verkäufers und Ablieferungsort auch dann derselbe sein, und mithin Platzkauf vorliegen, wenn die Niederlassung des Verkäufers sich an anderem Ort befindet als diejenige des Käufers (Bolze 9 Nr. 396); so z. B., wenn der Hamburger Verkäufer dem Posener Käufer die in Posen lagernde Ware zur Abnahme in Posen verkauft (Bolze 23 Nr. 523). Auch daß die Ware sich bei Kaufabschluß am Ort dieses Abschlusses befand, entscheidet aus obigen Gründen an sich nicht notwendig gegen das Vorliegen eines Fernkaufs (ROH. 15 176).

Endlich ist auch unerheblich, ob etwa die Eigentumsübertragung an dem Erfüllungsort des Verkäufers oder an anderem Ort stattfindet (RG. 33 25, Lehmann Nr. 6). Ebenso steht dem Vorliegen eines Fernkaufs nicht entgegen, daß der Verkäufer die Nebenverpflichtung übernommen hat, die gelieferte Ware (z. B. eine Maschine) bei dem Käufer zusammenzusetzen und herzurichten (ROH. 9 221, RG. 11 II 97 JW. 172 [25], Bolze 17 Nr. 470). Ebenso nicht, daß Verkäufer die Gewähr dafür übernommen hat, daß auch während einer weiteren, nach Ablieferung zu bewirkenden Versendung die Ware sich halten werde (OLG. Hamburg 7 VII 87 ZHR. 36 255), oder daß er die Kosten solcher späteren Versendung übernommen hat (OHG. Stuttgart 5 V 68 ZHR. 17 236).

2. Ort. Mit diesem Wort ist auf die im Handelsverkehr gebräuchliche Benennung eines Bezirks im Gegensatz zur staatlichen Einteilung Bezug genommen (§ 29 Anm. IV b 1). Sind die Orte voneinander verschieden, so kommt es auf die Geringfügigkeit oder Größe der Entfernung des einen vom andern nicht an (RG. 1 IV 96 JW. 285 [22]).

3. Übersendet.

Meist wird dies Merkmal dahin bestimmt, daß die Ortsveränderung der Ware „durch die Mitwirkung eines Dritten" vorgenommen sein müsse (so RG. 11 II 97 JW. 172 [25], OLG. Hamburg 7 VII 87 ZHR. 36 255, Staub Anm. 3, Lehmann Nr. 7). Doch wird hierunter nicht nur ein selbständiger Dritter verstanden; befördern aber unselbständige Dritte (z. B. Angestellte des Käufers oder des Verkäufers), so sind Unterscheidungen nötig, die aus jener Begriffsbestimmung nicht ableitbar sind. Aus den bisher ergangenen Entscheidungen muß daher ein anderer Gesichtspunkt als leitender entnommen werden: nicht darauf kommt es an, ob ein Dritter oder eine der Parteien befördert, sondern darauf, ob bei der Ablieferung beide Parteien zugegen sind (vgl. ROH. 6 238, Bolze 17 Nr. 470, OLG. Hamburg 11 VI 87 ZHR. 36 255; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. III 2).

Keine „Übersendung" liegt vor, wenn bei der Ablieferung beide Parteien gegenwärtig sind, sei es persönlich, sei es durch solche Stellvertreter, die ermächtigt sind, eine Erklärung über Annahme der abgelieferten Ware als Erfüllung (vgl. Anhang zu § 377 Anm. XII b 4) abzugeben bezw. entgegenzunehmen.

Übersendung liegt daher nicht vor, wenn der Verkäufer persönlich die Ware am Ablieferungsort abliefert, und zwar sowohl dann, wenn er persönlich sie von seinem Erfüllungsort zum Ablieferungsort bringt (ROH. 23 59) oder durch seine Leute befördern läßt, wie auch dann, wenn er sie durch selbständige Dritte (Eisenbahn, sonstiger Frachtführer, Verfrachter, Speditör) zum Ablieferungsort hat befördern lassen (ROH. 13 392), sei es, daß er die Ware begleitet hat, sei es, daß er erst bei der Ablieferung wieder mit ihr zusammentrifft. Ebensowenig dann, wenn der Käufer die Ware bei dem Verkäufer abholt, selbst wenn in diesem Fall überhaupt ausnahmsweise Erfüllungsort des Verkäufers und Ablieferungsort auseinanderfallen, Fernkauf daher überhaupt in Frage stehen sollte.

Dagegen liegt im Fall nichtgleichzeitiger Anwesenheit von Käufer und Verkäufer bei Ablieferung Übersendung vor ohne Rücksicht auf das Vertragsverhältnis des Beförderers zum einen oder anderen Teil. Unerheblich ist daher, ob der Verkäufer die Person wählt, welche die Beförderung ausführt (Frachtführer, Verfrachter) oder die Besorgung der Ausführung übernimmt (Speditör), oder ob sie vom Käufer bezeichnet ist; ferner, ob der Verkäufer mit dem Frachtführer oder Verfrachter oder mit dem Speditör abschließt — sei es im eigenen Namen oder im Namen des Käufers, sei es für eigene Rechnung oder für Rechnung des Käufers — oder ob der Käufer mit diesen Personen abschließt, oder ob die Beförderung durch die Leute des Käufers, seinen Beauftragten oder seinen unbeauftragten Geschäftsführer vorgenommen wird (RG. 6 60).

Ist nicht der Käufer persönlich, sondern einer seiner Leute oder ein sonstiger Beauftragter des Käufers gegenwärtig bei der in Gegenwart des Verkäufers erfolgenden Ablieferung, so schließt dieser Umstand das Vorliegen einer Übersendung dann aus, wenn der Abgesandte des Käufers die Annahme der Ware als Erfüllung erklärt und hierzu genügend ermächtigt ist, nicht jedoch dann, wenn er nicht zur Abgabe jener Erklärung, sondern nur zur Annahme der Besitzübertragung ermächtigt war (RG. 6 61, OLG. Karlsruhe 19 IX 86 ZHR. 36 255). Ob der mit der Entgegennahme der Ware betrauten Person erstere oder letztere Ermächtignng erteilt war, ist Tatfrage (RG. 6 61). Erstere wird z. B. anzunehmen sein, wenn der kaufmännische Leiter der betreffenden Geschäftsabteilung des Käufers die Ware entgegennimmt, letztere z. B., wenn der Rollkutscher des Käufers die Ware abholt. Die bloße Anwesenheit eines ständigen Agenten des Verkäufers am Ablieferungsort wurde nicht in jedem Fall für genügend zur Ausschließung der Aufbewahrungspflicht des Käufers erachtet (ROH. 17 173). Ebenso entscheidet nicht gegen Fernkauf, daß Verkäufer die Aufstellung der gelieferten Maschine beim Käufer ausführen läßt (oben zu 1); ist jedoch derjenige, der die Aufstellung ausführt, ermächtigt, nach erfolgter Aufstellung die Maschine als kaufmännischer Vertreter des Verkäufers dem Käufer unter Gegenwärtigen zu übergeben, so liegt kein Fernkauf vor (Bolze 6 Nr. 562).

4. Ware. Vgl. § 1 Anm. IX d. Der § 379 ist auch anwendbar bei Viehkauf (§ 382 Anm. II) und bei Kauf von Wertpapieren (§ 381 Anm. I).

c. **Beanstandung.**

1. Vor Annahme als Erfüllung. Der Ausdruck „beanstandet" weist allgemein auf jede Weigerung des Käufers, eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung anzunehmen. Aus welchem Grund diese Weigerung geschieht, ist unerheblich (KB. 120). Der § 379 findet daher Anwendung sowohl bei Beanstandung wegen Sachmängel, wie auch bei Beanstandung, weil eine andere, als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert sei. Ferner bei Beanstandung wegen mangelhafter Verpackung oder wegen zugefügter ungerechtfertigter Bedingung für die Übergabe, z. B. Forderung zu hohen Preises. Endlich auch bei Beanstandung wegen zu früher oder zu später Lieferung, insbesondere wegen bereits erklärter Ablehnung der Leistungsannahme auf Grund Verzugs des Verkäufers. Unerheblich ist auch, ob die Beanstandung gerecht-

fertigt oder ungerechtfertigt (RG. 25 III 04 HoldheimsMSchr. 230), und ob in ersterem Fall der Grund der gerechtfertigten Beanstandung ein vom Verkäufer verschuldeter ist (ROH. 13 357). Selbst wenn der Verkäufer arglistig verfahren ist, besteht die Aufbewahrungspflicht. Um so mehr, wenn der Verkäufer zwar nicht arglistig, aber doch fahrlässig verfahren ist (ROH. 13 357). Endlich ist auch unerheblich, ob Käufer die Annahme der Leistung als Erfüllung von Anfang an abgelehnt hatte oder erst nach einiger Zeit sich hierüber ablehnend erklärt, ob er also — was in den gewöhnlichen Fällen mit vorstehender Unterscheidung zusammenfällt (Anhang zu § 377 Anm. XII b 4) — von Anfang an sogar die Annahme der Besitzübertragung abgelehnt hatte, oder ob er Besitz bereits erworben hatte und nur die Annahme der Eigentumsübertragung ablehnt (vgl. RG. 26 60).

2. Nach Annahme als Erfüllung. Ist einmal die Annahme der Leistung erklärt, so kommt § 379 nicht zur Anwendung, wenn demnächst eine Beanstandung erfolgt (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. III 3, anscheinend auch Staub Anm. 11). So z. B. nicht, wenn Käufer sowohl Besitz wie auch Eigentum an der Ware erworben hatte, demnächst aber Wandlung oder Ersatzlieferung verlangt (RG. 6 61; dagegen Staub Anm. 11), z. B. wegen erst nachträglich entdeckter verborgener Mängel (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. III 2) oder wenn nach erklärter Annahme als Erfüllung zunächst der Verkäufer auf Grund eines Besitzvertrags im unmittelbaren Besitz bleibt und erst später dem Käufer die Ware zusendet (ROH. 9 52, RG. 33 25). Noch weniger, wenn der Käufer nach Annahme von Besitz- und Eigentumsübertragung nur Preisminderungs- oder Schadensersatzansprüche geltend macht oder bei der Annahme solche Ansprüche vorbehält (RG. 17 67). — In manchen dieser Fälle besteht allerdings eine Pflicht zu einstweiliger Verwahrung; doch ist diese Pflicht nicht aus § 379, sondern aus allgemeinen Grundsätzen (bei Wandlung vgl. auch Anhang zu § 377 Anm. III a 1) abzuleiten und ist unabhängig davon, ob Platz- oder Fernkauf vorliegt.

3. Unbestellte Waren. Zwar nicht aus dem Begriff der Beanstandung, aber daraus, daß § 379 einen Kauf voraussetzt (oben Anm. I a 1), ist abzuleiten, daß § 379 nicht zur Anwendung kommt, soweit die Grundsätze über Zusendung unbestellter Waren Anwendung zu finden haben; mithin (§ 378 Anm. II d) z. B. dann nicht, wenn die gelieferte andere Ware oder die gelieferte andere Menge von Waren offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte (D. 227). Ob in solchen Fällen § 362 entsprechend anwendbar ist, vgl. § 362 Anm. II a 3.

II. Aufbewahrungspflicht.

a. „Aufbewahrung".

1. Allgemeine Schadenabwendungspflicht. Während im Fall des § 362 der Empfänger verpflichtet ist, die mitgesendeten Waren „vor Schaden zu bewahren", ist für den Fall des § 379 bestimmt, daß der Empfänger für die „Aufbewahrung" zu sorgen habe. Es wird anzunehmen sein, daß § 379, da er den Fall eines bereits abgeschlossenen Kaufs behandelt, eine strengere Anforderung an den Empfänger vorschreiben wollte als § 362, der nur einen Vertragsantrag betrifft. Daher wird das Wort „Aufbewahrung" im § 379 dahin auszulegen sein, daß es auch allgemein die Abwendung von Schaden umfassen und darüber hinaus noch weitergehend eine Übernahme der Ware in eigene Verwahrung oder Übertragung der Verwahrung an einen zuverlässigen Dritten vorschreiben sollte. Über den Inhalt der Schadenabwendungspflicht, insbesondere auch über die Frage, ob der Empfänger zur Versicherung der Ware verpflichtet ist, vgl. § 362 Anm. V e 1. In der Aufbewahrungspflicht des § 379 liegt daher unter anderem die Verpflichtung, während der Aufbewahrung für ordnungsmäßige Behandlung der Ware (z. B. Lüften, Trocknen, Füttern usw.) zu sorgen (Staub Anm. 13, Lehmann Nr. 14; dagegen OLG. Hamburg 12 IX 00 OLGRspr. 1 377). Ebenso, wenn Grund zu der Annahme gegeben ist, daß diejenigen Umstände, wegen deren die Beanstandung erfolgt, auf Verschulden des Beförderers zurückzuführen sind, die Verpflichtung, diejenigen Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um zu verhüten, daß etwaige Rechte des Verkäufers gegen den Be-

förderer untergehen oder deren Geltendmachung erschwert wird (Lehmann Nr. 15). So ist unter Umständen z. B. die Fracht einzubehalten (ROH. 2 329, 6 107) oder für sofortige Feststellung des Zustands der Ware zu sorgen (Bolze 16 Nr. 432).

2. Aufbewahrung im engeren Sinn. Der Käufer hat die Wahl, ob er selbst aufbewahren oder einem zuverlässigen Dritten die Aufbewahrung übertragen will. Bewahrt er selbst auf, so bleibt er dem Absender gegenüber verpflichtet, nach dessen Anweisung über die Ware zu verfügen; für die eigene Aufbewahrung kann er Lagergeld fordern (§ 354 Anm. II c) und hat wegen dieses Anspruchs und wegen etwaiger sonstiger Verwendungen auf die Ware, z. B. wegen der von ihm verauslagten Beförderungskosten, in der Regel ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an der Ware (§ 369 Anm. VII d 3 δ). Legt er die Ware bei einem Dritten nieder, so hat er dem Verkäufer auf Verlangen seine etwaigen Ansprüche gegen den Dritten abzutreten (ROH. 20 203), hat aber an dem abzutretenden Anspruch ein nichtkaufmännisches Zurückbehaltungsrecht (BGB. § 273) wegen seines Gegenanspruchs an den Verkäufer auf Befreiung von den gegenüber dem Verwahrer eingegangenen Verpflichtungen, insbesondere wegen des dem Verwahrer zu zahlenden Lagergelds und wegen etwaiger vom Käufer verauslagter Beförderungskosten oder sonstiger Verwendungen auf die Ware. — Man kann nicht sagen, daß § 379 dem Käufer allgemein eine Abnahmepflicht auferlege (so Lehmann Nr. 11); gelingt es dem Käufer im Einzelfall, seiner Pflicht, für Aufbewahrung zu sorgen, dadurch zu genügen, daß er einen Dritten veranlaßt, die Ware für Rechnung des Verkäufers auf Lager zu nehmen, so ist er nicht verpflichtet, selbst einstweilen Besitz zu ergreifen.

3. Rücksendung? Der Käufer hat keine Verpflichtung, Arbeit und Kosten für Rücksendung der Ware aufzuwenden. Vielmehr braucht er nur an demjenigen Ort herauszugeben, wo die Ware sich befindet (RG. 50 173). Auch besteht nicht (was Staub Anm. 14 annimmt; gegen ihn Düringer-Hachenburg Anm. IV 1) ein Handelsgebrauch dahin, daß, wenn die Rücksendung nicht mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft sei, und der Verkäufer erkläre, daß er am Ort der Ablieferung anderweite Verwendung nicht habe, der Käufer verpflichtet sei, einem Rücksendungsverlangen zu entsprechen. Immerhin wird als Regel eine Verpflichtung des Käufers zur Aufwendung von Arbeit in mäßigem Umfang anzunehmen sein (BGB. § 157). Keinesfalls aber ist der Käufer verpflichtet, zu Zwecken der Rücksendung seinerseits Verbindlichkeiten gegenüber Beförderern einzugehen, wenn er hierfür nicht durch genügenden Vorschuß des Verkäufers gedeckt ist. Eine etwaige Rücksendung erfolgt auf Gefahr und für Rechnung des Verkäufers (RG. 50 173). — Andererseits hat Käufer kein Recht, ohne ausdrückliches Verlangen des Verkäufers die Ware zurückzusenden. Es ist gerade der Zweck der Vorschrift des § 379, den Verkäufer dagegen zu schützen, daß, noch bevor er über die Ware Verfügung treffen kann, diese zurückgesendet und mit Frachtkosten belastet wird (D. 225). Nach Ablauf der Zeit, für welche § 379 den Käufer zur Aufbewahrung verpflichtet (unten zu b), hat dieser jedoch gegen den Verkäufer einen Anspruch auf Zurücknahme der Ware (ROH. 7 358).

4. Kosten. Abweichend vom Fall des § 362 ist im Fall des § 379 der Käufer verpflichtet, die Kosten der Aufbewahrung vorzuschießen, selbst wenn er für sie nicht gedeckt ist (ROH. 20 206).

5. Haftung des Käufers. Für die Erfüllung der Aufbewahrungspflicht, insbesondere für Anwendung der nötigen Sorgfalt bei Auswahl des dritten Verwahrers, haftet der Käufer gemäß BGB. § 276, HGB. § 347. Ebenso für Sorgfalt bei Ausführung der etwa übernommenen Rücksendung (RG. 50 174); er genügt dieser Verpflichtung, wenn er eine Art der Rücksendung wählt, von der er annehmen durfte, daß sie die Billigung des Verkäufers finden werde; so unter Umständen selbst, wenn die Art der Rücksendung von der Art der Hinsendung abweicht (RG. 50 174). Bei Vernachlässigung seiner Verpflichtung ist der Käufer schadensersatzpflichtig, ohne jedoch andererseits die durch die Beanstandung gewahrten etwaigen Rechte gegen den Verkäufer, z. B. die Ansprüche aus etwaigem Leistungsverzug oder Gewährleistungsansprüche, zu verlieren (ROH. 7 225, 13 438). Hat er seiner Verpflichtung Genüge geleistet, so ist er für ein etwaiges späteres schadenbringendes Ver-

halten des Verwahrers nicht mehr verantwortlich (Bolze 18 Nr. 438). Der Umstand, daß Verkäufer in der Lage war, durch einen am Ablieferungsort befindlichen Agenten für die beanstandete Ware zu sorgen (ROH. 17 172), oder daß er tatsächlich alsbald selbst für die Ware gesorgt hat (ROH. 7 225), kann im Einzelfall geeignet sein, den ursächlichen Zusammenhang zwischen entstandenem Schaden und Verschulden des Käufers aufzuheben.

b. **Einstweilige** Aufbewahrung. Vgl. § 362 Anm. V e 2. Die Bestimmung des § 379 Abs. 1 soll den Verkäufer nur dagegen sichern, daß ihm Schaden erwächst, bevor er selbst für Abs. wendung sorgen kann. Die Verpflichtung des Käufers erlischt daher, sobald der Käufer annehmen darf, daß der Verkäufer von der Beanstandung Kenntnis erhalten hat, und nachher genügende Zeit für Erteilung der erforderlichen Anweisung durch den Verkäufer verflossen ist (ROH. 1 206, RG. 43 32, Bolze 16 Nr. 301).

III. **Notverkaufsrecht.**

a. **Recht** zum Verkauf. Der § 379 Abs. 2 gibt nur ein Recht, keine Pflicht zum Verkauf. Selbst wenn die Unterlassung des Verkaufs dem Verkäufer offenbar schädlich ist, insbesondere auch, wenn die Ware dem Verderb ausgesetzt, und Gefahr im Verzug ist, hat der Käufer doch keine Verpflichtung, mit dem Verkauf vorzugehen. Andererseits will § 379 Abs. 2 nicht ein etwa aus sonstigen Vorschriften folgendes Recht des Käufers zu einem Verkauf der beanstandeten Ware ausschließen; greifen solche Vorschriften ein, so ist das Recht zum Verkauf auch nicht etwa auf die beiden im § 379 Abs. 2 genannten Voraussetzungen des Verderbs der Ware und der im Verzug bestehenden Gefahr beschränkt. So kann z. B. ein Verkaufsrecht auf Grund eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts des Käufers (oben Anm. II a 2) bestehen. Bietet der Käufer in Erfüllung seiner Rückgabeverpflichtung dem Verkäufer die beanstandete Ware zur Rückgabe in vorschriftsmäßiger Weise an, und nimmt der Verkäufer die angebotene Ware nicht zurück, so wird ferner in der Regel in dieser Beziehung Annahmeverzug des Verkäufers vorliegen (ROH. 16 326), und dann findet zwar nicht § 373, der nur den Fall eines Annahmeverzugs des Käufers behandelt, aber die allgemeine Vorschrift des BGB. §§ 372 ff. Anwendung; in der Regel wird daher in solchem Fall der Verkäufer in der Lage sein, gemäß BGB. § 383 die beanstandete Ware zur öffentlichen Versteigerung zu bringen. Endlich ist auch allgemein, falls die Voraussetzungen des BGB. §§ 677 ff. vorliegen, ein Verkauf auf Grund einer Geschäftsführung ohne Auftrag zulässig (D. 225, ROH. 12 132, 16 326); so z. B. wenn zwar die Ware nicht dem Verderb ausgesetzt ist, aber eine starke Entwertung derselben durch Änderung des für solche Ware bestehenden Marktpreises bevorsteht. — Macht der Käufer von dem im § 379 Abs. 2 bestimmten Recht des Notverkaufs Gebrauch, so wird hierdurch die Geltendmachung etwaiger Gewährleistungsansprüche nicht ausgeschlossen (Anhang zu § 377 Anm. II c 2), selbst nicht der Anspruch auf Wandlung oder Ersatzlieferung (D. 225). Unberechtigter Verkauf macht den Käufer schadensersatzpflichtig (RG. 17 68). Über die Frage, in welchen Fällen durch unberechtigten Verkauf die Rechte auf Wandlung und Ersatzlieferung ausgeschlossen werden, vgl. Anhang zu § 377 Anm. III a 3, 4; über die Frage, ob auch Preisminderungs- und Schadensersatzansprüche hierdurch ausgeschlossen werden, vgl. Anhang zu § 377 Anm. III b.

b. **Voraussetzungen der Zulässigkeit.** Zulässig ist der Notverkauf nach § 379 Abs. 2 nur, wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 (oben Anm. I) vorliegen (D. 225), und außerdem die Ware dem Verderb ausgesetzt, und gleichzeitig Gefahr im Verzug (§ 373 Anm. XIV b 1) ist. Liegen aber diese Voraussetzungen vor, so besteht die Verkaufsbefugnis ohne Unterschied, ob der Verkäufer sich bereits seinerseits in der Lage befindet, über die Ware Verfügung zu treffen, oder nicht (RG. 43 32). Andererseits darf — auch wenn jene Voraussetzungen vorliegen — der Käufer nicht zu einem Notverkauf schreiten, wenn Verkäufer dies ausdrücklich verbietet (ROH. 18 230, RG. 43 34). Durch einstweilige Verfügung kann allerdings selbst gegen den Willen des Verkäufers ein öffentlicher Verkauf angeordnet werden (OLG. Hamburg 12 XI 00 OLGRspr. 1 377); indessen nur, wenn die einstweilige Verfügung darauf beruht, daß bestritten ist, ob der Fall des § 379 vorliegt oder die erfolgte Beanstandung rechtmäßig ist. Auch folgt eine Verkaufsbefugnis nicht allein daraus, daß Verkäufer, trotzdem er es gekonnt hätte, nicht über die Ware verfügt hat (RG. 43 32). — Liegen nur für einen

Teil einer teilbaren Ware die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Notverkaufs vor, so darf nur der Teil verkauft werden (ROH. 13 358).

c. **Unter Beachtung der Vorschriften des § 373** muß der Verkauf stattfinden. Hiernach ist die Ware öffentlich zu versteigern. Sie darf jedoch statt dessen, wenn sie einen Börsen- oder Marktpreis hat, auch aus freier Hand durch einen zu solchem Verkauf öffentlich ermächtigten Handelsmakler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preis verkauft werden. Der Verkauf erfolgt für Rechnung des Verkäufers. Käufer und Verkäufer können bei der öffentlichen Versteigerung mitbieten. Im Fall der öffentlichen Versteigerung hat, wenn es nicht untunlich ist, der Käufer dem Verkäufer vorher von Zeit und Ort der Versteigerung Nachricht zu geben. Von dem vollzogenen Verkauf hat er bei jeder Art des Verkaufs, wenn es nicht untunlich ist, dem Verkäufer unverzüglich Nachricht zu geben. Im Fall unerlaubter Unterlassung der Benachrichtigung ist der Käufer dem Verkäufer zum Schadensersatz verpflichtet. Einer besonderen vorgängigen Androhung des Verkaufs bedarf es nicht, da § 373 Abs. 2 Satz 2 für den Fall, daß die Ware dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist, eine solche Androhung für nicht erforderlich erklärt, diese Voraussetzungen aber bei dem Notverkauf des § 379 stets vorliegen. Über die Einzelheiten vgl. § 373 Anm. XV—XVII.

d. **Provision** kann der Käufer für Bewirkung des Notverkaufs fordern (§ 354 Anm. II c).

III. Kauf nach Gewicht (§ 380).

§ 380.

Ist der Kaufpreis nach dem Gewichte der Waare zu berechnen, so kommt das Gewicht der Verpackung (Taragewicht) in Abzug, wenn nicht aus dem Vertrag oder dem Handelsgebrauche des Ortes, an welchem der Verkäufer zu erfüllen hat, sich ein Anderes ergiebt.

Ob und in welcher Höhe das Taragewicht nach einem bestimmten Ansatz oder Verhältnisse statt nach genauer Ausmittelung abzuziehen ist, sowie, ob und wieviel als Gutgewicht zu Gunsten des Käufers zu berechnen ist oder als Vergütung für schadhafte oder unbrauchbare Theile (Refaktie) gefordert werden kann, bestimmt sich nach dem Vertrag oder dem Handelsgebrauche des Ortes, an welchem der Verkäufer zu erfüllen hat.

ADH. Art. 352. **Entw. I** § 352. **Entw. II** § 372.

I. **Berechnung des Kaufpreises (§ 380 Abs. 1).** Der § 380 Abs. 1 enthält die vertragergänzende Vorschrift: der Kaufpreis, wenn er in der Weise bestimmt ist, daß seine Höhe vom Gewicht der Ware abhängt, soll nach dem Nettogewicht und nicht nach dem Bruttogewicht berechnet werden. Vom Bruttogewicht soll also das Gewicht der Verpackung (Taragewicht) in Abzug kommen. Wie das letztere Gewicht zu ermitteln ist, darüber gibt § 380 Abs. 2 eine weitere vertragergänzende Vorschrift. — Soll eine Berechnung nach dem Bruttogewicht geschehen, so pflegt dies durch die Klausel „brutto für netto" ausgedrückt zu werden (BerlHandelsgebr. 1 155, BreslHandelsgebr. 185).

II. **Berechnung des Gewichts (§ 380 Abs. 2).** Der § 380 Abs. 2 enthält drei vertragergänzende Vorschriften über die Art der Gewichtsberechnung.

a. **Taragewicht** ist das Gewicht der Verpackung. Es kann entweder so festgestellt werden, daß es genau ausgemittelt wird („reine Netto-Tara"), z. B. durch Wiegen der Verpackung oder der leeren Gefäße für sich, oder aber nach einem bestimmten Ansatz oder Verhältnis, also

nur rechnungsmäßig („Prozent-Tara"). Bei der Berechnung nach einem bestimmten Verhältnis ist ferner zu unterscheiden, ob das Taragewicht (t) als Verhältnis des Bruttogewichts (b) oder als Verhältnis des Nettogewichts (x) berechnet wird („von dem Hundert" oder „auf das Hundert" M. 144). Ist in letzterem Fall Tara z. B. als 5 % des Nettogewichts vereinbart, so würde sich die Formel ergeben

$b = x + \frac{5x}{100}$. Hieraus folgt: $x = \frac{b}{1 + \frac{5}{100}}$, also $t = b - \frac{b}{1 + \frac{5}{100}} = b - \frac{100b}{105}$.

— Beeinträchtigt zu hohe Tara die Verkäuflichkeit der Ware, so kann hierin ein Sachmangel liegen (§ 377 Anm. IVc 6).

b. **Gutgewicht** ist derjenige Gewichts- oder Mengeteil der Nettoware, der bei der Kaufpreisberechnung nicht mitzuberücksichtigen ist, also eine dem Käufer gewährte Zugabe. Gründe, aus denen in einzelnen Geschäftszweigen solche Zugaben üblich geworden, können z. B. darin liegen, daß hierdurch die auf der Reise durch Eintrocknen erfolgenden Gewichtsverluste vergütet (P. 5079), oder daß Zugaben, die der Käufer seinen Kunden beim Einzelverkauf gewähren muß, ausgeglichen werden sollen (Lehmann Nr. 9), oder daß bei Berechnung nach Bruttogewicht eine zu lose Packung ausgeglichen werden soll, wenn solche im Einzelfall vorliegt (BreslHandelsgebr. 188).

c. **Refaktie** ist eine Vergütung, mit der sich der Käufer zur Ausgleichung bestimmter schädlicher Beimischungen zur Ware (ROH. 7 8) oder auch schadhafter oder unbrauchbarer Teile der eigentlichen Ware begnügen muß. So z. B. bei Samen in der Baumwolle (ROH. 7 3), Schmutz bei Rübenlieferung (BreslHandelsgebr. 189). Der Gebrauch, derartige Vergütungen zu gewähren, besteht für eine Reihe von Waren, bei denen bestimmte schädliche Beimischungen oder Schadhaftigkeit von Warenteilen schwer zu vermeiden sind. Der Sinn des Bedingens einer Refaktie geht dahin, daß die betreffende schädliche Beimischung oder Schadhaftigkeit nicht als Mangel der Ware angesehen werden soll. Der Käufer ist daher einerseits nicht verpflichtet, wegen des Vorhandenseins solcher Beimischungen eine Mängelanzeige zu erstatten, und verliert durch Unterlassung der Mängelanzeige nicht das Recht auf die Vergütung; der Käufer ist aber andererseits auch nicht berechtigt, auf Grund jener Beimischungen oder Schadhaftigkeiten andere Gewährleistungsansprüche, als eben den Anspruch auf Gewährung der Refaktie, zu erheben. Finden sich indessen in der Ware Beimischungen oder Schadhaftigkeiten anderer als der gewöhnlichen Art, oder Beimischungen oder Schadhaftigkeiten zwar der gewöhnlichen Art, aber in außergewöhnlichem Umfang vor, so liegt hierin ein Mangel, und dann hat der Käufer die gewöhnlichen Gewährleistungsansprüche, muß aber andererseits, wenn er diese Ansprüche erheben will, auch die Formvorschriften des § 377 befolgen. — Wie die Berechnung der Refaktie zu geschehen hat, ob nach dem besonders festzustellenden Gewicht der Beimischungen oder schadhaften Teile oder ob nach Verhältnis des Brutto- oder des Nettogewichts, hängt vom Vertrag und vom Handelsgebrauch ab.

III. **Kosten der Verpackung.** Der § 448 BGB. bestimmt:

„Die Kosten der Übergabe der verkauften Sache, insbesondere die Kosten des Messens und Wägens, fallen dem Verkäufer, die Kosten der Abnahme und der Versendung der Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte fallen dem Käufer zur Last.

Ist ein Recht verkauft, so fallen die Kosten der Begründung oder Übertragung des Rechtes dem Verkäufer zur Last."

Soweit daher die Verpackung nur zwecks Übergabe erfolgt, hat der Verkäufer, soweit sie zwecks Versendung erfolgt, hat der Käufer die Kosten der Verpackung zu tragen (M. 143). Nicht zum Zweck der Versendung dient eine Verpackung, welche eine bestimmte Art der Ausstattung der Ware zur Erleichterung des Verkaufs bezweckt (ROH. 11 106).

IV. Wertpapierkauf, Werkvertrag, Viehkauf (§§ 381, 382).

§ 381.

Wertpapierkauf, Werkvertrag.

Die in diesem Abschnitte für den Kauf von Waaren getroffenen Vorschriften gelten auch für den Kauf von Werthpapieren.

Sie finden auch Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist.

ADH. — (vgl. Art. 338). **Entw. I** § 353. **Entw. II** § 373.

I. **Kauf von Wertpapieren (§ 381 Abs. 1).**

a. **Wertpapiere** vgl. § 1 Anm. IX e, § 179 Anm. IV b, § 222 Anm. IV a. Dadurch, daß die Vorschriften über Handelskauf von Waren ausdrücklich auch auf einen Kauf von Wertpapieren ausgedehnt sind, sollte zugleich die Anwendbarkeit auf den Kauf von anderen Sachen und von nicht in Wertpapieren verkörperten Rechten ausgeschlossen werden (D. 227). Kein Handelskauf ist daher der Kauf einer Hypothekenforderung (D. 227, nach früherem Recht RG. 26 45), da auch nach BGB. der Hypothekenbrief nicht als Wertpapier zu erachten ist (§ 1 Anm. IX e). Der Kauf einer Grundschuld ist nicht Handelskauf, wenn darüber ein auf den Namen gestellter Grundschuldbrief ausgestellt ist; dagegen Handelskauf, wenn ein Inhabergrundschuldbrief ausgestellt ist (§ 1 Anm. IX e). Die Denkschrift 227 bemerkt: „Der Begriff des Wortes „Wertpapier" braucht an dieser Stelle nicht näher bestimmt zu werden; es handelt sich, wie die Vorschrift von selbst ergibt, nur um Papiere, die als solche den Gegenstand des Kaufes bilden, bei denen also der Erwerb des Rechtes aus dem Papiere den sachenrechtlichen Grundsätzen über den Erwerb des Rechtes an dem Papiere folgt."

b. **Handelskauf** ist der Kauf von Wertpapieren, ebenso wie derjenige von Waren, nur, wenn er Handelsgeschäft ist (§ 373 Anm. I c).

c. **Mängel.** Die Pflichten beider Parteien bei Sachmängeln der verkauften Wertpapiere bestimmen sich nach §§ 377 ff. Über die Frage, in welchen Tatbeständen bei Wertpapieren das Vorliegen eines Sachmangels zu finden ist, vgl. § 377 Anm. IV c 1.

II. **Werkvertrag unter Stoffbeschaffung durch den Unternehmer (§ 381 Abs. 2).** Entsprechend für den Kommissionsvertrag § 406 Abs. 2.

a. **Der § 651 BGB.** lautet:

„Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so hat er dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung; ist eine nicht vertretbare Sache herzustellen, so treten an die Stelle des § 433, des § 446 Abs. 1 Satz 1 und der §§ 447, 459, 460, 462 bis 464, 477 bis 479 die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647, 648.

Verpflichtet sich der Unternehmer nur zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen, so finden ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung."

b. **Nach BGB. § 651 in Verbindung mit HGB. § 381 Abs. 2 sind drei Fälle zu unterscheiden,** je nach der Art von Gegenständen, zu deren Herstellung der Unternehmer sich verpflichtet hat. In allen diesen Fällen bleibt nach dem Sprachgebrauch des BGB. der Vertrag „Werkvertrag" (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. VI; dagegen Staub Anm. 2, Kronacher Werklieferungsvertrag 10), auch wenn die Vorschriften über den Kauf oder außerdem auch die Vorschriften über Handelskauf in weiterem oder engerem Umfang darauf Anwendung finden.

1. Vertretbare Sache. Nach BGB. § 651 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 finden auf einen Werkvertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, aus einem von ihm zu beschaffenden Stoff eine vertretbare Sache herzustellen, die Vorschriften über den Kauf Anwendung. Hiermit sind allerdings nur die im BGB. enthaltenen Vorschriften gemeint. Dennoch sind, wenn (§ 373 Anm. I b, c) ein Handelsgeschäft vorliegt und die vertretbare Sache

Ware oder Wertpapier ist, auch die Vorschriften über Handelskauf für anwendbar auf ein derartiges Geschäft zu erachten. Dies war beabsichtigt (D. 228), und die hierin liegende ausdehnende Auslegung rechtfertigt sich aus denselben Gründen, die bei anderen kaufähnlichen Verträgen (§ 373 Anm. III) zur entsprechenden Anwendung von Vorschriften über den Handelskauf auf jene Verträge führen. — „Vertretbare Sachen im Sinn des Gesetzes sind bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen“ (BGB. § 91). Maschinen sind vertretbar, wenn bekannter, gewöhnlicher Art und üblicher Beschaffenheit (RG. 45 64, RG. 16 IV 01 JW. 407[26]), und zwar selbst dann, wenn eine genau bestimmte Leistungsfähigkeit zugesichert ist (dagegen RG. 45 64). Nicht vertretbar dagegen sind solche, bei denen es mit Rücksicht auf die Eigenartigkeit ihrer Beschaffenheit oder Bestimmung in besonders hohem Maß auf ihre besonderen Eigenschaften ankommt (RG. 31 III 03 JW. 244[26]). So z. B., wenn die Maschine einem bestimmten Raum oder Betrieb besonders angepaßt werden muß (RG. 45 64, RG. 16 IV 01 JW. 407[26]) oder wenn sie nach besonderen Angaben des Bestellers angefertigt werden soll (RG. 6 VII 00 JW. 665[21]). Aus der alleinigen Bezeichnung „Dampfkessel für Maschinen“ ergibt sich daher nicht, daß eine vertretbare Sache in Frage kommt (RG. 46 261). Der Umstand, daß eine Maschine erst nach Bestellung anzufertigen, schließt ihre Vertretbarkeit nicht aus (RG. 31 III 03 JW. 244[26]). So namentlich dann, wenn die Anfertigung nach einem vom Verkäufer bereit gehaltenen Modell erfolgt, das bestimmt ist, wiederholten Herstellungen derartiger Maschinen zu dienen (RG. 6 VII 00 JW. 665[21]). Auch der Umstand, daß ein verhältnismäßig nur nebensächlicher Teil einer im übrigen gewöhnlichen Maschine eigenartig geformt werden soll, nimmt ihr als Ganzes nicht die Eigenschaft als vertretbare Sache (RG. 16 IV 01 JW. 407[26]).

2. Nichtvertretbare bewegliche Sache.

Nach BGB. § 651 Abs. 1 Satz 2 finden auf einen Werkvertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, aus einem von ihm zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare Sache herzustellen, gleichfalls die Vorschriften über den Kauf Anwendung, jedoch mit der Maßgabe, daß in bestimmten Beziehungen die Vorschriften über den Werkvertrag maßgebend bleiben. Hier greift nun § 381 Abs. 2 ein, indem er für den Fall, daß ein Handelsgeschäft vorliegt (§ 373 Anm. Ic) und die herzustellende Sache beweglich (= Ware oder Wertpapier) ist, zur Vermeidung von Zweifeln (D. 228) ausdrücklich die Vorschriften über den Handelskauf für anwendbar erklärt. Das „sie“ in § 381 Abs. 2 verweist zurück auf das „die in diesem Abschnitt . . . getroffenen Vorschriften“ in § 381 Abs. 1.

Unberührt bleibt daher die Bestimmung des BGB. § 651 Abs. 1 Satz 2, daß in bestimmten Beziehungen die Vorschriften über den Werkvertrag zur Anwendung kommen (dies setzt D. 228, abgedruckt § 373 Anm. IIId, voraus bei den Worten „einzelne Rechtssätze“; ebenso Düringer-Hachenburg Anm. VI, Kronacher 14; dagegen Staub Anm. 2, Exk. vor § 373 Anm. 6, OLG. Hamburg 23 XII 03 OLGRspr. 9 274). Über die hieraus abzuleitenden Folgerungen vgl. unten zu d.

3. Nichtvertretbare unbewegliche Sache. Auf den Vertrag über Herstellung einer solchen Sache finden die Vorschriften über den Handelskauf nicht Anwendung, da diese sich auf unbewegliche Sachen überhaupt nicht beziehen. Es verbleibt daher, wenn der Unternehmer den Stoff zu beschaffen hat, bei den Regeln des § 651 Abs. 1 Satz 2. Doch sind — wie auch bei jedem reinen Werkvertrag (§ 373 Anm. IIId) — etwaige Handelsgebräuche zu berücksichtigen.

c. **Mitwirkung beider Vertragschließenden zur Herstellung des Werks.**

1. Verpflichtet sich der Unternehmer nur zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen, so finden ausschließlich (vgl. jedoch § 373 Anm. IIId) die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung (BGB. § 651 Abs. 2).

2. Hat der Besteller in nebensächlicher Weise mitzuwirken, sei es durch Lieferung von Zutaten, sei es durch Anweisungen oder Anordnungen, so wird hierdurch die Eigenschaft des Vertrags nicht geändert (vgl. Planck[2] BGB. § 651 Anm. IIb), gleichgültig, ob

er Kauf, reiner Werkvertrag, oder Werkvertrag unter Stoffbeschaffung durch Unternehmer ist. So z. B. beim Bestimmungskauf (HGB. § 375).

3. Haben beide Teile Stoff zu liefern oder zusammenzuwirken in der Art, daß keine Leistung als nebensächliche erscheint, so ist der Vertrag als reiner Werkvertrag zu behandeln (vgl. Planck[2] aaO.).

d. **Nicht vertretbare bewegliche Sache insbesondere.** Geht man von der Ansicht (oben zu b 2) aus, daß die Vorschriften über den Werkvertrag gemäß BGB. § 651 Abs. 1 Satz 2 auch bei dem Handels-Werkvertrag Anwendung finden, so folgt:

1. Allgemeines. Auf einen derartigen Vertrag sind anwendbar von Vorschriften über Kauf: HGB. §§ 373—380 und (Planck[2] BGB. § 651 Anm. 4) BGB. §§ 434—444, 446 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 447 (weil in § 644 Abs. 2 in Bezug genommen), 448 bis 455, 465—476, 494—503, und von Vorschriften über Werkvertrag (Planck[2] aaO.): BGB. §§ 631 (ergänzt durch § 651 Abs. 1 Satz 1), 632—640, 641 Abs. 1 (an Stelle des Abs. 2 tritt § 452), 642—645, 649, 650.

2. Verjährung. Liegt ein zweiseitiges Handelsgeschäft des fraglichen Inhalts vor, so ist der Besteller, obwohl nach dem BGB. die Verjährung der Gewährleistungsansprüche hier nicht mit der Ablieferung (BGB. § 477), sondern mit der Abnahme des Werks beginnt (BGB. § 638), dennoch verpflichtet das Werk gemäß HGB. § 377 unverzüglich nach der Ablieferung zu untersuchen (abweichend jedoch, wenn noch nach Ablieferung eine Herstellungstätigkeit vorzunehmen; § 377 Anm. Va 2); hat er dies getan und seine Rechte durch Anzeige gewahrt, so verjähren die Ansprüche erst von der Abnahme an (D. 228).

§ 382.

Gewährleistung bei Viehmängeln.

Die Vorschriften der §§ 481 bis 492 des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gewährleistung bei Viehmängeln werden durch die Vorschriften dieses Abschnitts nicht berührt.

ADH. — **Entw. I** § 354. **Entw. II** § 374.

I. **Die Denkschrift** 228 beschränkt sich auf die Bemerkung: „Die Schlußvorschrift des Abschnitts, wonach beim Viehhandel nicht die Vorschriften des Entwurfs über die unverzügliche Untersuchung und Mängelanzeige, sondern die besonderen Regeln des BGB. (§§ 481 ff.) zur Anwendung kommen, wird einer Rechtfertigung nicht bedürfen". Da „Vorschriften über unverzügliche Untersuchung und Mängelanzeige" in §§ 377, 378 und nur dort enthalten sind, so scheint die Denkschrift von der Voraussetzung auszugehen, daß beim Viehkauf anwendbar seien §§ 373—376, 379, 380, dagegen nicht §§ 377, 378. Staub erachtet für anwendbar §§ 373, 376, 379 und für nicht anwendbar § 377; bezüglich der übrigen Vorschriften spricht er keine Meinung aus. Die obige Auslegung der Denkschrift erscheint jedoch als nicht in allen Beziehungen vereinbar mit dem Wortlaut des § 382 (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II); aus letzterem ist zu entnehmen, daß die Anwendung der §§ 373—380 nur insoweit ausgeschlossen bleiben soll, wie die Vorschriften des BGB. §§ 481—492 entgegenstehen. Da dieser Wortlaut aber auch mit dem zu vermutenden gesetzgeberischen Grund der Bestimmung des § 382 in Übereinstimmung steht, so ist der Wortlaut des § 382 und nicht dessen anscheinend ungenaue Wiedergabe in der Denkschrift für maßgebend zu erachten. Hieraus ergeben sich die nachstehenden Folgerungen:

II. **Die §§ 373—376, 379, 380 sind anwendbar** auch bei Vieh-Handelskäufen, denn BGB. §§ 481—492 enthalten nichts ihnen Entgegenstehendes.

III. **Auch § 378 ist anwendbar** aus gleichem Grund (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. II).

IV. **Der § 377** ist

a. **nicht anwendbar** auf einen Kauf über Pferde, Esel, Maulesel, Maultiere, Rindvieh, Schafe, Schweine (BGB. § 481) in Ansehung eines „Hauptmangels" (BGB. § 482 Abs. 1), und auch nicht in Ansehung eines sonstigen „Fehlers" (§ 377 Anm. IVb 1), außer falls für

letzteren der Verkäufer die Gewährleistung ohne Vereinbarung einer Gewährfrist übernommen hat; ferner nicht in Ansehung einer unter Vereinbarung einer Gewährfrist zugesicherten Eigenschaft (BGB. §§ 485, 492);

b. **anwendbar** dagegen auf einen beiderseitigen Handelsviehkauf in Ansehung eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers, für den der Verkäufer die Gewährleistung ohne Vereinbarung einer Gewährfrist übernommen, und in Ansehung einer Eigenschaft, die er ohne Vereinbarung einer Gewährfrist zugesichert hat; denn für diese beiden Fälle enthält BGB. § 492 nichts dem § 377 Entgegenstehendes.

Dritter Abschnitt.

Kommissionsgeschäft.

§ 383.

Kommissionär.

Kommissionär ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waaren oder Werthpapiere für Rechnung eines Anderen (des Kommittenten) in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen.

ADH. Art. 360 Abs. 1. **Entw. I** § 355. **Entw. II** § 375.

A. Kommissionsgeschäft.

I. **Verhältnis zum BGB.**

a. **Ergänzende Anwendbarkeit des BGB.** Das Buch III Abschnitt 3 HGB. enthält keine erschöpfende Regelung der Rechtsbeziehungen bei Bestehen eines Kommissionsverhältnisses. Vielmehr ist im HGB. vorausgesetzt, daß nicht nur der allgemeine Teil des BGB. und dessen allgemeine Vorschriften über das Recht der Schuldverhältnisse (BGB. Buch II Abschn. 1—6), sondern auch dessen Vorschriften über einzelne Schuldverhältnisse ergänzend anzuwenden sind. Dies ist in § 385 Abs. 2, § 396 Abs. 2 zum Ausdruck gekommen. Über die Frage, welch einzelnes Schuldverhältnis durch den Kommissionsvertrag begründet wird, und welche Vorschriften des BGB. über einzelne Schuldverhältnisse demgemäß ergänzend zur Anwendung zu bringen sind, vgl. nachstehend zu b.

b. **Unter welches einzelne im BGB. behandelte Schuldverhältnis fällt das durch einen Kommissionsvertrag begründete Rechtsverhältnis?** Hat der Kommissionär übernommen, das Geschäft unentgeltlich zu besorgen (RG. 33 110), so ist der so abgeschlossene Kommissionsvertrag ein Auftrag. Ist das Geschäft gegen Entgelt zu besorgen, so liegt entweder Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, vor. Welches von beiden, ist streitig. Für Dienstvertrag D. 232, RG. 24 X 04 JW 05 20[17], Staub Anm. 18, Goldmann Nr. 17; für Werkvertrag Lehmann Einleitung Nr. 11, Düringer-Hachenburg Vorbem. II 1 vor § 383, dahingestellt RG. 53 371. Die Entscheidung wird davon abhängen müssen, was man unter „Kommissionsvertrag" versteht. Man kann mit diesem Wort entweder den Begriff einer Vereinbarung über Ausführung eines einzelnen Geschäfts (bezw. mehrerer inhaltlich zusammenhängender einzelner Geschäfte) verbinden, oder aber (vgl. z. B. RG. 48 310) den Begriff einer Vereinbarung über ständige Ausführung einer unbestimmten Zahl von erst demnächst im einzelnen zu bezeichnenden Geschäften. Die Grenze zwischen beiden oben erwähnten Vereinbarungen ist allerdings fließend, wie sie auch zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag fließend ist. Hält man daran fest, daß als Kommissionsvertrag die Vereinbarung über Ausführung eines einzelnen Geschäfts oder mehrerer inhaltlich zusammenhängender einzelner Geschäfte anzusehen ist (unten Anm. VI e 2), so ist der entgeltliche Kommissionsvertrag als eine Unterart des Geschäftsbesorgungs-Werkvertrags zu erachten. Zwar kennt das BGB. auch einen Dienstvertrag ohne Begründung eines dauernden Dienstverhältnisses (BGB. § 627); den hierher gehörigen Fällen ist aber gemeinsam, daß die Arbeit, auch wenn sie nicht den gehofften Erfolg bringt, bezahlt wird — ein Zeichen, daß nach Parteiwillen die Arbeit, nicht der Erfolg, das Wesentliche ist; beim Kommissionsvertrag dagegen knüpft nach § 369 die Lohnung an den Erfolg an, und die für Bewirkung des Abschließens und der Ausführung des abgeschlossenen Geschäfts aufgewendete Arbeit wird (außer bei Verschulden des Kommittenten) nicht gelohnt, wenn es nicht zum Abschließen oder nicht zum Ausführen gekommen ist. Daß beim Kommissionsvertrag (wie beim Agenturvertrag) nicht nur eine auf Herstellung gerichtete Bemühung, sondern ein Erfolg — soweit ein solcher erreichbar — versprochen wird, vgl. § 84 Anm. I; noch weniger zweifelhaft ist dies bezüglich des Speditionsvertrags, der doch (vgl. § 407 Anm. I c) nach § 407 Abs. 2 im wesentlichen den gleichen Regeln folgt wie der Kommissionsvertrag. — Ist dagegen im Einzelfall eine Vereinbarung über entgeltliche ständige Ausführung von Kommissionsgeschäften getroffen (vgl. z. B. ROH. 7 381), so ist diese Vereinbarung allerdings ein Dienstvertrag oder eine diesem ähnliche selbständige Vertragsart (§ 84 Anm. I), aber kein Kommissionsvertrag in dem hier festgehaltenen Sinn; sie enthält nur einen Mantelvertrag, dessen Inhalt die Verpflichtung zum Abschluß von Kommissionsverträgen bildet.

II. **Unterarten von „Kommissionsgeschäften"** (unten Anm. V) und durch besondere Vorschriften neben und teilweise in Abänderung derjenigen des Abschnitts über Kommissionsgeschäfte geregelt sind die Spedition (§§ 407 ff.; über die Frage, ob die Spedition eine Art Kommission ist, § 407 Anm I c) und der kommissionsweise Ankauf, Verkauf, Umtausch &c. von Wertpapieren (Ges. über die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung von Wertpapieren v. 5. Juli 1896).

III. **Bedeutung des Worts „Kommissionsgeschäft".** Der Schluß liegt nahe, daß, da das Buch III HGB. „Handelsgeschäfte" überschrieben ist, und einzelne Abschnitte dieses Buch III die Überschrift „Kommissionsgeschäft", Speditionsgeschäft", „Lagergeschäft", „Frachtgeschäft" tragen, das „Kommissionsgeschäft" usw. ein Handelsgeschäft im Sinn des das Buch III einleitenden § 343 sei. Indessen sind diese Abschnittsüberschriften wohl nicht so gemeint. Während „Handelsgeschäft" im § 343 das einzelne Rechtsgeschäft bezeichnet (§ 343 Anm. II), ist die Abschnittsüberschrift „Kommissionsgeschäft" nicht gleichbedeutend mit dem einzelnen, ein Kommissionsverhältnis einleitenden Rechtsgeschäft, das man als „Kommissionsvertrag" bezeichnen kann, sondern enthält einen Hinweis auf das ganze durch den geschlossenen Kommissionsvertrag geschaffene Rechtsverhältnis, etwa wie im BGB. „Miete" und „Mietvertrag" zu unterscheiden sind. Im Abschnitt 6 und 7 wird daher mit Recht der „Frachtvertrag" erwähnt (§§ 430 Abs. 1, 432 Abs. 2, 435, 438 Abs. 1, 440 Abs. 1, 446, 457 Abs. 1, 467, 469 Abs. 1, 3), trotzdem Abschnitt 6 die Überschrift „Frachtgeschäft" trägt. Wo außer in der Abschnittsüberschrift die Worte „Kommissionsgeschäft" usw. gebraucht sind (§§ 397, 403, 412 Abs. 2, 454), ist die Bedeutung keine ganz klare. Doch sollte wohl auch an diesen Stellen das ganze Rechtsverhältnis der Kommission usw. damit bezeichnet werden; so entstehen z. B. die in §§. 403, 412 erwähnten Kosten nicht eigentlich beim Kommissions- bezw. beim Speditionsvertrag, sondern erst beim Ausführungsgeschäft. In § 454, wo die Einzahl „Frachtgeschäft" zur Bezeichnung einer Mehrzahl von Rechtsgeschäften gebraucht wird, ist wohl sogar nicht nur an das durch den einzelnen Vertrag geschaffene Rechtsverhältnis, sondern an den ganzen Handelszweig des Frachtgeschäfts gedacht.

B. Kommissionsvertrag.

IV. **Verhältnis von „Kommissionsvertrag" zu „Kommissionsgeschäft" und „Kommission".** Mit dem Wort „Kommissionsvertrag" kann man denjenigen Vertrag benennen, der das im HGB. als „Kommissionsgeschäft" bezeichnete Rechtsverhältnis (oben Anm. III) einleitet. Die Worte „Kommissionsvertrag", „Speditionsvertrag", Lagervertrag" kommen im HGB. allerdings nicht vor, jedoch das entsprechende Wort „Frachtvertrag". An einigen Stellen wird von „Kommission" und deren Erteilung, Widerruf oder Ausführung gesprochen (§§ 391, 400, 401, 405, 406). Dies ist nur eine andere Ausdrucksweise für Abschluß des Kommissionsvertrags, Widerruf des Kommissionsvertrags seitens des Kommittenten, Ausführung des durch den Kommissionsvertrag übernommenen Geschäfts seitens des Kommissionärs. Jene im Gesetz gebrauchte Ausdrucksweise ist zwar kurz, aber etwas ungenau, da sie die Tatsache verwischt, daß der Kommissionsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist.

V. **Verhältnis von „Kommissionsvertrag" zu „Kommissionär".** Der Begriff des Kommissionärs ist in §§ 383, 406 Abs. 2 bestimmt. Nach §§ 406 Abs. 1, 407 Abs. 2 finden aber die Vorschriften des Abschnitts über das Kommissionsgeschäft nicht nur auf diejenigen Verträge, die in §§ 383, 406 Abs. 2 behandelt sind, sondern auch auf bestimmte andersartige Verträge Anwendung. Es ist daher zweckmäßig, den Begriff des Kommissionsvertrags so weit zu fassen, daß auch jene andersartigen Verträge unter ihn fallen. Demgemäß ist der hier gebrauchte Begriff des Kommissionvertrags ein weiterer als der gesetzliche Begriff des Kommissionärs (unten Anm. VII). So auch D. 231: „. . . die Einkaufs- und Verkaufskommission bildet . . . das wichtigste aller Kommissionsgeschäfte" und D. 232: „. . . .; dann gelten aber nach § 398" (jetzt § 406) „auch die betreffenden Geschäfte . . . als Kommissionsgeschäfte im Sinne dieses Abschnitts." Dagegen Staub Anm. 1, 2, der annimmt, daß nur die in §§ 383, 406 Abs. 2 aufgeführten Geschäfte Kommissionsgeschäfte seien, dagegen die in § 406 Abs. 1 genannten Geschäfte nicht.

VI. **Die einzelnen Merkmale des Kommissionsvertrags.** Der Kommissionsvertrag ist derjenige gegenseitige Vertrag, durch den ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes übernimmt, ein Geschäft für Rechnung eines anderen in eigenem Namen zu schließen (abweichende Begriffsbestimmung bei Düringer-Hachenburg Anm. IV 1).

a. **Gegenseitiger Vertrag.** Vgl. oben Anm. I a. Über unklagbare Kommissionsaufträge vgl. § 396 Anm. VII.

b. **Kaufmann.** Vgl. § 1 Anm. IV, § 343 Anm. II b 1. Dies Begriffsmerkmal ist erwähnt in § 406 Abs. 1 Satz 2; es steckt aber auch in § 383 (§ 406 Abs. 2) und § 406 Abs. 1 Satz 1, da der hier erwähnte „Kommissionär" stets (§ 1 Nr. 6) Kaufmann ist.

c. **Im Betrieb seines Handelsgewerbes.** Durch diese Worte ist auf den Begriff der Betriebszugehörigkeit verwiesen (§ 343 Anm. I a); über diesen Begriff vgl. § 343 Anm. II c 3, § 344. Das Begriffsmerkmal, daß im Betrieb seines Handelsgewerbes übernommen sein muß, ist in § 406 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 erwähnt. Für den Fall des § 383 ist es zwar nicht erwähnt, da auch wer gewerbsmäßig derartige Geschäfte übernimmt, ausnahmsweise einmal ein gleichartiges Geschäft außerhalb des Gewerbebetriebs übernehmen kann; indessen wird wohl — entsprechend dem für den Handelskauf Anzunehmenden (§ 373 Anm. I c, D. 215) — daraus, daß das Kommissionsgeschäft in einem Unterabschnitt des mit „Handelsgeschäfte" überschriebenen Buches abgehandelt ist, abgeleitet werden müssen (vgl. jedoch § 345 Anm. III), daß der Gesetzgeber in den §§ 383 ff. nur dasjenige Rechtsverhältnis behandeln wollte, das durch einen Vertrag eingeleitet wird, der auf seiten mindestens eines der Beteiligten, des Kommissionärs oder des Kommittenten, Handelsgeschäft ist (vgl. D. 235: „also auch der Kommittent"; dagegen Staub Anm. 4 nicht folgerichtig zu der Voraussetzung, von der er bezüglich des Handelskaufs in Exk. vor § 373 Anm. 3 auszugehen scheint; vgl. auch RG. 40 88). Auch ein unentgeltlich übernommener Kommissionsauftrag kann unter Umständen betriebszugehörig sein (RG. 33 110, § 343 Anm. III 48). Ebenso ist mit dem Begriff des Kommissionsvertrags vereinbar, daß der Kommissionär nicht von dem Kommittenten, sondern nur von dem dritten Vertragsgegner Provision erhält (RG. 27 XI 03 HoldheimsMSchr. 04 104). — Ob das Ausführungsgeschäft Handelsgeschäft, ist dagegen unerheblich (unten Anm. VIII h).

d. **Übernimmt.** Zu unterscheiden sind das im Übernehmen liegende Geschäft und das übernommene Geschäft. Das erstere ist der Kommissionsvertrag. Das letztere kann als „Ausführungsgeschäft" bezeichnet werden; in §§ 383 ff. ist es in der Regel kurz als „Geschäft" bezeichnet, auch als „übernommenes Geschäft". Der Kommissionsvertrag bildet die Grundlage für das innere Verhältnis des Kommittenten zum Kommissionär, das Ausführungsgeschäft die Grundlage für das Verhältnis des Kommissionärs zum außenstehenden Dritten. Über das letztere Verhältnis vgl. unten Anm. IX. — Nicht notwendig braucht der Abschluß des Kommissionsvertrags dem Abschluß des Ausführungsgeschäfts zeitlich vorherzugehen; verabredet einer der Vertragschließenden eines Eigengeschäfts mit einem Dritten, daß im innern Verhältnis jenes Geschäft für Rechnung des Dritten gehen soll, so erzeugt diese Abrede von diesem Zeitpunkt an dieselben Wirkungen, wie wenn das Geschäft von vornherein für Rechnung des Dritten geschlossen worden wäre (RG. 5 86).

e. **Ein Geschäft zu schließen,** wird durch Abschluß des Kommissionsvertrags übernommen.

1. „Geschäft" in dieser Verbindung kann nur als gleichbedeutend mit „Rechtsgeschäft" aufgefaßt werden (vgl. § 343 Anm. II).

2. Ein Geschäft. Auch wenn nur das Abschließen eines einzelnen Rechtsgeschäfts übernommen ist, liegt Kommissionsvertrag vor. Wird das Abschließen mehrerer Rechtsgeschäfte übernommen, so wird zu unterscheiden sein, ob nach dem Willen der Parteien im Verhältnis des Kommittenten zum Kommissionär die mehreren Ausführungsgeschäfte untrennbar oder voneinander unabhängig sein sollen; im ersteren Fall liegt ein Kommissionsvertrag vor, im zweiten Fall eine Verbindung mehrerer Kommissionsverträge, unter Umständen auch (oben Anm. I b) eine Verbindung von Kommissionsverträgen mit einem Dienstvertrag.

3. Inhalt des Ausführungsgeschäfts.

Der § 383 hebt den Hauptfall hervor, daß das übernommene Rechtsgeschäft ein Kauf oder Verkauf ist, der § 406 Abs. 2 fügt den Fall hinzu, daß das übernommene Rechtsgeschäft eine bestimmte Art des Werkvertrags ist.

Über einige andere Fälle bemerkt D. 231: „Was die Versicherungskommission betrifft, so kommt sie als ein selbständiger Geschäftszweig kaum vor, und die Rechtssätze vom Kom-

missionsgeschäft finden überdies auf die Versicherung für fremde Rechnung nicht ohne weiteres Anwendung. Die Kommission im Gütertransportverkehr ist als Spedition besonders geregelt; der kommissionsweise Abschluß von Bankiergeschäften wird regelmäßig selbst Bankiergeschäft und außerdem meist mit der gewerbsmäßigen Übernahme von Einkaufs- oder Verkaufskommissionen verbunden sein; der Kommissionsverlag endlich gehört zu den Verlagsgeschäften." Über Versicherung für fremde Rechnung vgl. § 390 Anm. IV.

Ein Kommissionsgeschäft, das als gewerbsmäßig betriebenes vorkommt, ist z. B. dasjenige Eintreibungsgeschäft, bei dem die einzutreibende Forderung dem Eintreiber abgetreten wird (vgl. P. 1195); so insbesondere auch die Übernahme von Inkassomandaten mit Vollindossament bei Wechseln (über den Umfang der Verpflichtung des Inkassomandatars vgl. OLG. Stuttgart 5 IV 89 ZHR. 40 526).

Die Verträge des Annoncenspeditörs sind nur ausnahmsweise Kommissionsverträge (§ 413 Anm. V). Der buchhändlerische „Kommissionär" ist nicht Kommissionär (unten Anm. VI g).

Auch das übernommene Geschäft kann der Abschluß eines Kommissionsvertrags sein. So bei der Exportkommission (unten zu 4), so unter Umständen auch bei Annahme von Kommissionsaufträgen seitens des Provinzialbankiers nur zum Zweck der Weitergabe an den Zentralbankier (vgl. AufbewahrungsG. § 8).

Ein Kommissionsvertrag ist auch der Kommissionsverlagsvertrag (ebenso Lehmann 2 199 Fußnote 2; dagegen ROH. 16 251), denn der Verleger übernimmt hierdurch das Abschließen der Absatzgeschäfte, in der Regel auch der Herstellungsgeschäfte, in eigenem Namen für fremde Rechnung; ist dagegen im Einzelfall die Beteiligung des Verlegers am Ergebnis des Unternehmens eine so bedeutende, daß Herstellung und Verbreitung nicht für Rechnung des Urhebers, sondern für gemeinschaftliche Rechnung beider erfolgt, so wird der Vertrag als Gesellschaftsvertrag aufzufassen sein (vgl. ROH. 16 252). Die buchhändlerischen Vermittelungsgeschäfte beim Zeitungsdebit sind Nebentätigkeiten des Frachtführers (§ 425 Anm. II e 5), unterstehen daher — außer soweit eine deutsche staatliche Post sie ausübt (§ 452) — den Bestimmungen über das Frachtgeschäft.

Kein Kommissionsvertrag ist das Differenzgeschäft, selbst wenn es im Einzelfall — was möglich (RG. 34 91, RG. 16 IV 04 JW. 291 [13]) — in die Form eines Kommissionsvertrags gekleidet ist. Über Selbsteintritt bei Kommission zum Abschluß von Differenzgeschäften vgl. § 400 Anm. I c.

Kein Kommissionsvertrag ist ferner das Vinkulationsgeschäft (dagegen Trumpler in HoldheimsMSchr. 03 267), bei welchem der Empfänger als Käufer oder Verkaufskommissionär des Eigentümers der Ware und zugleich als Treuhänder des Pfandbesitzers die Ware übernimmt. Denn es handelt sich hierbei nicht um ein in eigenem Namen für Rechnung des Pfandbesitzers erst abzuschließendes Verpfändungsgeschäft, sondern nur um treuhändische Vertretung des Pfandbesitzers bei Abwickelung.

Das übernommene Rechtsgeschäft braucht nicht notwendig ein Vertrag, kann vielmehr auch ein einseitiges sein (Lehmann Nr. 7).

4. Exportkommission insbesondere. Der Exportkommissionär übernimmt nur, überseeischen Firmen eine Verkaufskommission zu erteilen (ROH. 8 121, RG. 5 13, Bolze 3 Nr. 618) und an diese Firmen die Waren zu spedieren (ROG. 8 121, OLG. Hamburg 14 VII 90 ZHR. 40 526). Eine Abrede, die lediglich dahin geht, „einem Kaufmann mit Wohnsitz in Deutschland werde die Ware für ein überseeisches Land in Konsignation gegeben", wurde als Exportkommission, nicht als Verkaufskommission ausgelegt, da im Zweifel anzunehmen sei, daß der Kommissionär nur das minder verantwortliche Geschäft habe übernehmen wollen (ROH. 8 121, OLG. Hamburg 20 II 05 OLGRspr. 10 339). — Es entstehen zwei Kommissionsverhältnisse, eins zwischen dem Versender und dem Exportkommissionär, und das andere zwischen dem Exportkommissionär und dem überseeischen Verkaufskommissionär (RG. 5 13). Der Exportkommissionär haftet daher seinem Kommittenten an sich nicht für Fahrlässigkeit oder vorsätzliche Schadenszufügung seitens des überseeischen Verkaufskommissionärs (ROH. 22 80), sondern nur für Sorgfalt beim Auswählen der Person des

letzteren und bei Erteilung der Anweisungen an ihn (ROH. 8 121, RG. 5 13, OLG. Hamburg 14 VII 90 ZHR. 40 526, Bolze 3 Nr. 618). Der Exportkommissionär hat seinem Kommittenten die erhaltenen Nachrichten des Verkaufskommissionärs mitzuteilen (RG. 5 13) und den letzteren zu genügender Nachrichtserteilung und Rechnungslegung sowie zur Beibringung genügender Belege für die Prüfung der gelegten Rechnung anzuhalten (ROH. 8 121, OLG. Hamburg aaO.), alles dies auch ohne besondere Aufforderung seitens des Kommittenten (OLG. Hamburg aaO.). Der Exportkommissionär ist ferner gegenüber seinem Kommittenten verpflichtet zur Geltendmachung aller ihm gegen den Verkaufskommissionär zustehenden Rechte, zur Herausgabe alles von letzterem aus dem vollführten Verkauf ihm Zugeflossenen (RG. 5 13), auf Verlangen auch zur Abtretung der ihm gegen den Verkaufskommissionär zustehenden Rechte (ROH. 22 81). Tritt der Verkaufskommissionär in unmittelbaren Schriftwechsel mit dem Kommittenten des Exportkommissionärs unter Kundgebung einer Verbindung mit dem Exportkommissionär, durch welche die Rechte und Pflichten des Exportkommissionärs gegenüber dem Kommittenten zugleich auch Rechte und Pflichten des Verkaufskommissionärs gegenüber dem Kommittenten des Exportkommissionärs seien, so kann hierin unter Umständen die Übernahme einer Bürgschaft des Verkaufskommissionärs für den Exportkommissionär liegen (RG. 5 14). Gewährleistet der Exportkommissionär die Erzielung eines Mindestpreises, so liegt hierin noch keine Übernahme der Ware als Selbstkäufer (OLG. Hamburg 27 VI 04 OLG. Rspr. 9 276, unten zu f).

f. **Für Rechnung eines anderen.**

1. Allgemeines. Der „andere" kann auch ein Verein, eine Gesellschaft oder eine Gemeinschaft sein, welcher der Kommissionär angehört (vgl. RG. 12 112; dagegen für die Gelegenheitsgesellschaft RG. 56 300). Das Merkmal, daß „für Rechnung eines anderen" abgeschlossen werden soll, unterscheidet den Kommissionsvertrag vom angenommenen Erbieten zum Abschluß eines Eigengeschäfts mit dem Dritten und eines folgenden Eigengeschäfts mit demjenigen, an den das Anerbieten sich richtet. Im Fall des Kommissionsvertrags soll der Kommissionär — falls er nicht vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht — den Gewinn oder Verlust nicht tragen, sondern sich mit Provision begnügen; im Fall des Erbietens zu Eigengeschäften soll den Erbietenden Gewinn oder Verlust treffen. Welche von beiden Gestaltungen beabsichtigt war, ist oft zweifelhaft.

2. Anhaltspunkte für Unterscheidung zwischen Abrede eines Eigengeschäfts und Kommissionsvertrag. Maßgebend ist nach Vorstehendem, wen nach Absicht der Parteien Gewinn bezw. Verlust treffen sollte.

   α. Art der Gegenleistung (fester Preis oder Erlös abzüglich Provision). Die Abrede eines festen vom Erbietungsempfänger zu zahlenden Preises spricht für das Vorliegen eines Erbietens zu Eigengeschäften (ROH. 12 123, 18 199, RG. 3 110, 5 86, OLG. Rostock 30 XI 85 ZHR. 36 265); anders aber, wenn gleichzeitig mit Nennung des festen Preises vereinbart ist, daß der Mittelsmann versuchen solle, die Ware billiger zu beschaffen und daß eine etwaige Ersparnis dem Besteller zugut kommen solle (Bolze 6 Nr. 497), oder wenn der Mittelsmann zwar die Erzielung eines Mindestpreises für die ihm in Kommission gegebene Ware gewährleistet hat, ein etwa erzielter höherer Preis aber dem Auftraggeber zugut kommen (OLG. Hamburg 27 VI 04 OLGRspr. 9 276) und dieser die Gefahr zufälliger Vernichtung oder Beschädigung der Ware tragen (OLG. Hamburg 2 XI 04 OLGRspr. 10 340) soll. Aus gleichem Grund spricht die Abrede einer demjenigen, der das Geschäft zu schließen übernimmt, zu zahlenden Provision für das Vorliegen eines Kommissionsvertrags (ROH. 19 69); doch ist dies nicht unbedingt entscheidend, da auch bei Eigengeschäften ein Teil der seitens des Erbietungsempfängers zu gewährenden Gegenleistung als Provision bezeichnet oder als Prozentsatz berechnet werden kann (ROH. 3 44, 12 121, 14 27, 22 409, RG. 3 110, Bolze 4 Nr. 718, OLG. Braunschweig 30 III 05 OLGRspr. 10 339).

   β. Inhalt einer etwa erteilten Rechnung. Für Eigengeschäft spricht Ausstellung einer Rechnung mit festem Verfalltag (RG. 5 87), für Kommissionsvertrag dagegen die Vereinbarung oder unbeanstandete Annahme einer Verkaufsabrechnung (RG. 5 87, 89,

20 113). Der Vertrag, durch welchen ein überseeisches Haus die von ihm an überseeische Kunden verkauften Waren sich in Europa beschafft (Indentgeschäft), wurde daher für einen Kommissionsvertrag dann erachtet, wenn Verkaufsabrechnung erteilt werden sollte oder unbeanstandet erteilt war (RG. 5 85, 20 112). Nicht notwendig für Eigengeschäft entscheidet, daß mit der Ware Rechnung gesandt wird mit dem Ersuchen, den Absender für den Betrag zu erkennen, und daß letzteres geschieht (ROH. 19 72). Andererseits nicht notwendig für Kommissionsgeschäft, daß der Verkäufer auf Anweisung des Zwischenstehenden die Rechnung nicht auf dessen, sondern auf des Dritten Namen ausschreibt (ROH. 22 30; ob, wenn in solchem Fall der Mittelsmann nicht Käufer, er Kommissionär oder Stellvertreter des Käufers ist, vgl. unten zu g).

γ. Schiedsgerichtsabrede. Für Eigengeschäft spricht die gleichzeitige Vereinbarung schiedsgerichtlicher Entscheidung über etwaige Sachmängel (ROH. 18 198).

δ. Inhalt der Vorverhandlungen. In einem Fall, in welchem der Erbietungsempfänger ausdrücklich eigenen Ankauf abgelehnt hatte, wurde die im Anschluß hieran getroffene Abrede, daß ihm der Eigentümer den zu verkaufenden Gegenstand bis zu einem bestimmten Tag zu bestimmtem Preis „an Hand lasse", als kein Verkaufsangebot aufgefaßt (ROH. 7 180). Daß der Zwischenstehende bei Beginn der Geschäftsverbindung sich zur Ausführung von Kommissionsgeschäften erboten hatte, entscheidet nicht notwendig für die Eigenschaft des demnächst abgeschlossenen Geschäfts als Kommissionsgeschäft; denn auch der Handelskaufskommissionär pflegt nebenbei Eigenkäufe abzuschließen (RG. 3 110). Kommissionsgeschäft kann vorliegen, selbst wenn der Auftraggeber dem Abschluß mit dem Dritten beiwohnt und mit Zustimmung des Beauftragten die Vertragsabschlußerklärung abgibt (RG. 27 XI 03 HoldheimsM Schr. 04 104).

ε. Bezeichnung des Vertrags durch die Vertragschließenden. Wie die Parteien den Vertrag bezeichnet haben, ist an sich unerheblich. Kaufleute brauchen oft die Worte „für Rechnung" im Sinn von „im Namen" (§ 346 Anm. III b). „Auftrag" kann sowohl Angebot eines Eigengeschäfts wie auch Kommission bezeichnen (ROH. 18 201, vgl. RG. 56 300), „Kommission" entscheidet nicht für Kommissionsvertrag (ROH. 20 311), „Verkaufen, Kaufpreis" nicht für Eigengeschäft (ROH. 20 311, RG. 43 110). Wer sich jedoch als „Agent" des Verkäufers bezeichnet, will in der Regel nicht Eigenkäufer sein (ROH. 19 67). Der Ausdruck „Konsignation" ist gleichbedeutend mit „Kommission" und namentlich üblich für eine überseeische Verkaufskommission (OLG. Hamburg 2 XI 04 OLGRspr. 10 340); doch braucht damit nicht notwendig eine Verkaufskommission, sondern es kann z. B. auch eine Exportkommission gemeint sein (ROH. 8 121). — Sind bestimmte Erklärungen als abgegeben festgestellt, so enthält die Einreihung des durch jene Erklärungen geschlossenen Vertrags unter den Begriff des Kaufs oder unter den des Kommissionsvertrags eine rechtliche Beurteilung, die mit Revision angreifbar ist (RG. 3 110).

ζ. Wirtschaftlicher Zweck des Vertrags. Gewisse wirtschaftliche Zwecke werden überwiegend in der Form eines Abschlusses von Kommissionsverträgen erreicht, so z. B. im Effektenverkehr eines Nichtkaufmanns mit seinem Bankier (D. 231); in solchen Fällen wird im Zweifel ein Kommissionsvertrag als gewollt anzusehen sein (RG. 43 111; vgl. jedoch OLG. Karlsruhe 19 V 86 ZHR. 36 265).

3. Beweis für Eigenschaft als Ausführungsgeschäft. Über die Erbringung des Nachweises, daß ein einzelnes Geschäft für fremde Rechnung abgeschlossen ist, vgl. § 396 Anm. I a 1 β.

g. **In eigenem Namen.** Hierin liegt der Gegensatz des Kommissionsvertrags zur Vollmachtserteilung und zum Abschlußagentur-Vertrag; nach außen soll der Kommissionär für sich, nicht für einen anderen auftreten, und infolgedessen soll nach außen auch nur der Kommissionär berechtigt und verpflichtet werden. Die Beauftragung, im Namen des Auftraggebers abzuschließen, ist keine Kommission (D. 232). Zweideutig ist der Ausdruck „für jemand abschließen"; hiermit kann sowohl „für Rechnung" wie „im Namen" gemeint sein; im Zweifel ist letzteres als gemeint anzusehen (ROH. 2 403, 22 28). Für das Vorliegen eines Stellvertretungsver-

hältnisses spricht im Zweifel auch die Vereinbarung, daß die Rechnung auf den Namen desjenigen, für den der Mittelsmann handelt, ausgeschrieben werden soll (ROH. 12 153). Im Zweifel ist anzunehmen, daß ein Auftrag einem berufsmäßigen Kommissionär durch Kommissionsvertrag, einem berufsmäßigen Agenten durch Agenturvertrag erteilt ist (OLG. Dresden 1 III 89 ZHR. 40 525). Der „buchhändlerische Kommissionär", da er im Namen desjenigen, den er vertritt, abschließt, ist nicht Kommissionär (ROH. 23 17), sondern Agent. — In welchen Fällen im Verhältnis des Mittelmanns zum Dritten die vom Mittelsmann abgegebene Vertragserklärung als ein Abschließen in eigenem Namen, in welchen anderen Fällen als ein Abschließen in fremdem Namen auszulegen ist, vgl. unten Anm. IXb.

C. Handelskaufs-Kommissionär.

VII. **Handelskaufs-Kommissionär = „Kommissionär".** Mit dem Wort „Handelskaufs-Kommissionär" soll hier bezeichnet werden was §§ 383, 406 Abs. 2 unter „Kommissionär" verstehen. Eine solche abweichende Bezeichnung wird zur Verdeutlichung erforderlich, da bei einem Kommissionsvertrag in dem hier festgehaltenen Sinn (oben Anm. V, VI) nicht notwendig ein „Kommissionär" im Sinn der §§ 383, 406 Abs. 2 Übernehmer zu sein braucht. Die Einschränkung, die in §§ 383, 406 Abs. 2 dem Begriff des Kommissionärs gegeben wird, ist ohne Bedeutung für die Regelung des Kommissionsgeschäfts, hat vielmehr nur für den in § 1 bestimmten Begriff des Handelsgewerbes Bedeutung; sie hätte richtiger in den § 1 Abs. 2 Nr. 6 gehört. Nur dasjenige Kommissionärgewerbe sollte als Handelsgewerbe nach § 1 anerkannt werden, bei dem das übernommene Geschäft ein Einkauf oder Verkauf oder ein dem Handelskauf gleichgestelltes Geschäft (HGB. § 373 Anm. III a, b, d, § 406 Abs. 2) ist (vgl. D. 231); in anderen Fällen bildet die Übernahme von Kommissionsgeschäften nur dann eine selbständige Grundlage für ein Handelsgewerbe, wenn die Voraussetzungen des § 2 vorliegen (D. 231). Unter Kommissionär ist im folgenden jeder Übernehmer eines Kommissionsvertrags verstanden, auch wenn das übernommene Geschäft nicht Kauf oder ein dem gleichstehendes Geschäft ist. In dieser Bedeutung braucht auch das Gesetz das Wort „Kommissionär" im § 443 Abs. 2 (vgl. § 406: „dieses Abschnitts").

VIII. **Begriff des Handelskaufs-Kommissionärs.** Dieser Begriff (oben Anm. VII) ist in § 383 bestimmt; hiernach ist Handelskaufs-Kommissionär: „wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen." Über die Frage, ob dieser Begriffsbestimmung eine fernere Einschränkung hinzuzufügen ist, vgl. unten zu h.

a. **Wer.** Nur ein Kaufmann kann Kommissionär, insbesondere auch Kaufskommissionär sein (oben Anm. VIb).

b. **Gewerbsmäßig.** Vgl. § 1 Anm. IIa. Aus dem Gegensatz zu § 406 Abs. 1 Satz 2 erhellt, daß in § 383 mit „gewerbsmäßig" nicht die Betriebszugehörigkeit überhaupt gemeint ist, sondern der Umstand, daß gerade die in § 383 bezeichnete Geschäftsart den Hauptgegenstand oder mindestens einen der Hauptgegenstände des Betriebs bildet. Ob der Kommissionsvertrag Entgeltlichkeit voraussetzt, vgl. oben Anm. VIc.

c. **Übernimmt.**. Vgl. oben Anm. VId.

d. **Waren oder Wertpapiere.** Dies entspricht der Begrenzung, die dem Begriff des Handelskaufs gegeben ist (§ 373 Anm. Ib). Auch ein Kauf anderer Gegenstände, z. B. eines Grundstücks oder einer nicht durch Wertpapier verbrieften Forderung, kann durch Kommissionsvertrag übernommen werden; doch liegt in der gewerbsmäßigen Übernahme derartiger Kommissionsgeschäfte kein Handelsgewerbe nach § 1, der Übernehmer ist daher nicht „Handelskaufs-Kommissionär".

e. **Für Rechnung eines anderen.** Vgl. oben Anm. VIf.

f. **In eigenem Namen.** Vgl. oben Anm. VIg.

g. **Kaufen oder Verkaufen.** Übernimmt der Kommissionär, für Rechnung des Kommittenten einzukaufen, so ist er „Einkaufskommissionär"; übernimmt er, für Rechnung des Kommittenten zu verkaufen, so ist er „Verkaufskommissionär". Die Begriffsbestimmung in § 383 erschöpft

nicht den Begriff des „Handelskaufs-Kommissionärs“, erhält vielmehr ihre Ergänzung aus § 406 Abs. 2. Hiernach steht der Einkaufs- und Verkaufskommission gleich die Übernahme des Abschlusses eines Vertrags über Lieferung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache, die aus einem von dem Lieferer zu beschaffenden Stoff herzustellen ist; auch hier kann der Kommissionär entweder als Besteller oder als Lieferer nach außen auftreten. Diese Ausdehnung entspricht dem § 381 Abs. 2, der den Begriff des Handelskaufs in gleicher Weise ausdehnt. Aber auch in anderer Beziehung ist geboten, die Begriffsbestimmung des § 383 ebenso weit auszudehnen, wie den Begriff des Handelskaufs, da in beiden Beziehungen die gleichen Vorschriften des BGB. eingreifen. Also auch auf Übernahme des Abschlusses eines Tausches (ebenso Staub Anm. 6; dagegen Lehmann Nr 2), z. B. eines Umtausches von Wertpapieren (vgl. AufbewahrungsG. § 5), eines anderen Vertrags, der auf Veräußerung oder Belastung eines Gegegenstands gegen Entgelt gerichtet ist, oder eines Werkvertrags über Lieferung einer vertretbaren beweglichen Sache, die aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoff herzustellen ist, alles in denjenigen Fällen, in denen das Ausführungsgeschäft unter den Begriff des Handelskaufs, wenngleich nicht unter den Begriff des „Kaufs im Sinn des BGB.“, fällt (§ 373 Anm. IIIa, b, § 381 Anm. II).

h. **Handelsgeschäft?** D. 230 führt aus, daß im Gegensatz zu der in Art. 360 Abs. 1 ADH. enthaltenen Begriffsbestimmung die neue Begriffsbestimmung in § 383 den Begriff des „Kommissionärs“ habe unabhängig davon machen wollen, daß er Handelsgeschäfte abschließe (vgl. auch RG. 40 88). Das Ausführungsgeschäft braucht daher nicht Handelsgeschäft zu sein, weder für den Kommittenten noch für den Kommissionär (D. 231). Diese Änderung hängt damit zusammen, daß im HGB. nicht der Begriff des Handelsgeschäfts, sondern derjenige des Handelsgewerbes, der grundlegende ist (§ 1 Anm. I). Von der in der Denkschrift erörterten Frage ob das Ausführungsgeschäft Handelsgeschäft zu sein braucht, ist aber verschieden die Frage, ob der Kommissionsvertrag Handelsgeschäft sein muß, um den Vorschriften der §§ 383 ff. zu unterliegen. Über letztere Frage vgl. oben Anm. VI c.

D. Rechtsverhältnisse zwischen Kommittent, Kommissionär und Drittem.

IX. Rechtsverhältnis zwischen Kommissionär und Drittem.

a. **Allgemeines.** Da der Kommissionär, wenn er dem Kommissionsvertrag gemäß handelt, in eigenem Namen mit dem Dritten abschließt, so ist für den Dritten gleichgültig, ob überhaupt ein Kommittent besteht. Aus diesem Grund enthält das HGB. keine besonderen Vorschriften über dies Rechtsverhältnis; vielmehr kommen lediglich die allgemeinen Bestimmungen des BGB. zur Anwendung. Durch die Geschäfte, die der Kommissionär mit dem Dritten schließt, werden nur er und der Dritte gegeneinander berechtigt und verpflichtet (RG. 35 53, vgl. D. 232). Vertragsgegner des Dritten ist ausschließlich der Kommissionär; dieser ist — in demselben Umfang wie jeder Erwerber von Rechten oder Sachen — berechtigt, über alle von ihm durch das Ausführungsgeschäft erworbenen Rechte und Sachen durch forderungsrechtliches oder dingliches Geschäft zu verfügen, insbesondere sie weiterzuübertragen. Er kann auch ein ursprünglich für Rechnung des Kommittenten geschlossenes Geschäft demnächst durch Vertrag mit dem Kommittenten auf eigene Rechnung übernehmen, ohne daß der Dritte hiergegen Einspruch erheben kann. Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn bei Abschluß des Geschäfts der Dritte Kenntnis davon hatte, daß der Kommissionär für fremde Rechnung abschloß (RG. 32 41, 35 53, 43 172), sogar dann nicht, wenn der Kommissionär ihm dies ausdrücklich mitgeteilt hatte (vgl. AufbewahrungsG. § 8). Der Kommittent und der Dritte haben gegeneinander weder einen Anspruch auf Erfüllung noch einen auf den Vertrag (das Ausführungsgeschäft) zu stützenden Anspruch auf Schadensersatz (RG. 2 167, 27 125). Ist Wissen oder Nichtwissen, Gutgläubigkeit oder Bösgläubigkeit erheblich, so kommt es nur darauf an, ob sie in der Person des Kommissionärs oder diesem gegenüber vorliegen (ROH. 22 249, RG. 27 125). Nach feststehender Rechtsprechung kann jedoch der Kommissionär, wenn der Dritte nicht oder mangelhaft erfüllt, die etwa hieraus sich ergebenden Schadensersatzansprüche auch insoweit aus eigenem Recht geltend machen, wie dem Kommittenten

ein Schaden erwachsen ist (ROH. **11** 260, **14** 400, **22** 253, RG. **12** 112, **27** 125, **40** 174, 190, RG. 29 I 06 JW. 192 [7]). Zur Begründung dieses Anspruchs braucht der Kommissionär weder darzulegen, daß der Kommittent die Entschädigung verlange noch daß der Kommissionär in Vertretung des Kommittenten handle (RG. **58** 43). Andererseits läßt die Rechtsprechung den Einwand des in Anspruch Genommenen zu, daß die Schadensersatzleistung nicht dem Kommittenten zufließen, sondern lediglich eine Bereicherung des klagenden Kommissionärs bilden würde (RG. **1** 2, **58** 43). So z. B., wenn der Kommittent dem Kommissionär die Schadensersatzschuld erlassen hat (RG. **1** 2). Dagegen kann der dem Kommissionär vertretungspflichtige Dritte nicht geltend machen, daß der dem Kommittenten schadensersatzpflichtige Kommissionär diesem den Schaden noch nicht ersetzt habe (RG. **1** 2). Auch können die Interessen der Vormänner nur insoweit geltend gemacht werden, wie sie nebeneinander und neben dem eigenen des Kommissionärs bestehen können (RG. **62** 335).

b. **Ob im Einzelfall der Kommissionär in fremdem oder in eigenem Namen abgeschlossen hat,** ist Auslegungsfrage. Die zwischen ihm und dem Kommissionär getroffene Abrede, daß er in eigenem Namen abschließen *solle* (hierüber oben Anm. VI g), ist nicht entscheidend für sein Verhältnis zum Dritten; für letzteres Verhältnis ist nur maßgebend, wie er abgeschlossen *hat*. Nicht entscheidend für Abschließen in eigenem Namen spricht, daß die Absicht, in fremdem Namen abzuschließen, nicht *ausdrücklich* erwähnt ist (RG. **18** 160); vielmehr kommt es darauf an, ob die *Umstände* erkennbar ergaben, daß der Mittelsmann in fremdem Namen abschließen wollte (BGB. § 164). Im Kleinverkehr spricht für den Willen des Mittelsmanns, in fremdem Namen zu verkaufen, der Umstand, daß, wie er weiß, dem Käufer bekannt ist, die verkaufte Ware sei Eigentum eines anderen als des Mittelsmanns (ROH. **18** 295). Daraus, daß der Mittelsmann dem Dritten den Namen seines Auftraggebers nennt, ist noch nicht mit Notwendigkeit darauf zu schließen, daß der Mittelsmann in fremdem Namen handeln wollte (ROH. **22** 29). Hat der Dritte dem bestellenden Mittelsmann eine auf dessen Namen lautende Rechnung übersandt oder einen Wechsel auf ihn gezogen, ohne daß der Mittelsmann eine Erinnerung hiergegen erhebt, so wird in der Regel anzunehmen sein, daß letzterer in eigenem Namen abschließen wollte (OLG. Kolmar 25 III 92 ZHR. **44** 241). — Ob im einzelnen Fall der Kommissionär für eigene oder fremde *Rechnung* abschließen sollte und abgeschlossen hat, vgl. oben Anm. VI f, § 396 Anm. I a 1 β.

X. **Rechtsverhältnis zwischen Kommittent und Drittem.** Durch das zwischen Kommissionär und Drittem abgeschlossene Ausführungsgeschäft entsteht kein auf Vertrag beruhendes Rechtsverhältnis zwischen Kommittent und Drittem (ROH. **15** 397, RG. **35** 54, § 392 Abs. 1). Insbesondere kann weder der Kommittent gegen den Dritten noch letzterer gegen ersteren einen auf *Vertrag* beruhenden Schadensersatzanspruch geltend machen (RG. **27** 126). Auch (wegen des Vertragsverhältnisses einerseits zwischen Drittem und Kommissionär, andererseits zwischen diesem und dem Kommittenten) nicht einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung durch das Ausführungsgeschäft (Bolze **10** Nr. 214, 416). Unter Umständen kann jedoch aus außervertraglichen Gründen ein Rechtsverhältnis entstehen. So z. B. daraus, daß der Dritte den Kommittenten zur Erteilung eines Kommissionsauftrags bestimmten Inhalts betrüglich verleitet hat (ROH. **22** 252), oder auch aus einer im Zusammenhang mit dem Abschließen des Ausführungsgeschäfts vorgenommenen unerlaubten Handlung des Kommittenten gegen den Dritten oder des Dritten gegen den Kommittenten. Daß der unerlaubt Handelnde wußte, wen er durch seine Handlung schädige, ist keine notwendige Voraussetzung für das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs aus BGB. § 823 (ROH. **19** 201, Staub Anm. 21, vgl. Planck [2] § 823 Anm. 4).

XI. **Rechtsverhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär.** Dies Rechtsverhältnis ist in §§ 384—405 ausführlich behandelt. Einige dort nicht ausdrücklich entschiedene Fragen sind nachstehend erörtert:

a. **Verpflichtung zum Abschließen von Kommissionsverträgen.** *Beliebigen* Personen gegenüber besteht keine Verpflichtung dieses Inhalts, auch nicht, wenn ein öffentliches Erbieten zum Abschluß derartiger Verträge erfolgt ist; ein solches Erbieten enthält vielmehr nur die Aufforderung zu Vertrags*anträgen*. Dagegen kann einer *bestimmten* anderen Person

gegenüber eine Verpflichtung zur Übernahme von Kommissionsaufträgen bestehen, sei es auf Grund eines ausdrücklichen Vertrags dieses Inhalts, sei es auf Grund eines nach Verkehrssitte so auszulegenden Vertragswillens bei Bestehen einer Geschäftsverbindung bestimmter Art. Ein entgeltlich geschlossener Vertrag dieses Inhalts ist ein Dienstvertrag (oben Anm. Ib). Eine Verkehrssitte wurde als bestehend angenommen des Inhalts, daß ein Kommissionär, der die Ausführung eines Börsentermingeschäfts übernommen habe, im Zweifel als verpflichtet anzusehen sei, demnächst auch die Ausführung des Gegengeschäfts zu übernehmen, das jene Spekulation beenden soll; mindestens dann, wenn die Ausführung des Gegengeschäfts weder eine Erhöhung des dem Kommittenten eingeräumten Kredits bedingt, noch sonst die Lage des Kommissionärs irgendwie verschlechtern kann (RG. 14 VII 97 JW. 471 [38]). Dagegen wurde ein Bankier nicht allgemein für verpflichtet erachtet, auch diejenigen Aufträge des mit ihm in laufender Rechnung stehenden Geschäftsfreunds auszuführen, deren zunächst den Bankier belastendes Ergebnis auch nur möglicherweise die in dessen Händen befindliche Deckung übersteigt (ROH. 15 282). — Ist jemand einem andern zur Übernahme von Kommissionen bestimmter Art verpflichtet, und hat er sich hierfür eine Sicherheit bestellen lassen, so muß er sich mangels anderer Abreden mit dieser Sicherheit begnügen, sofern sich nicht der Wert der zur Sicherheit gegebenenen Gegenstände wesentlich mindert; er kann eine Vermehrung der Sicherheit nicht aus dem Grund fordern, daß die Gefahr einen größeren Umfang annehme, als er vorausgesetzt habe (Bolze 12 Nr. 390; vgl. jedoch auch BGB. § 119 Abs. 2, § 321, Vorbem. zu HGB. §§ 375, 376 Anm. Ib 3).

b. **Abschluß des Kommissionsvertrags.** Keine Form ist vorgeschrieben. Der Abschluß kann daher sowohl ausdrücklich wie auch stillschweigend geschehen. Die Annahme des angetragenen Kommissionsvertrags braucht dem Kommittenten nicht erklärt zu werden, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten war (BGB. § 151); in solchen Fällen liegt eine schlüssige Annahme des Antrags z. B. im Abschließen des inhalts des angetragenen Kommissionsvertrags zu schließenden Ausführungsgeschäfts. Keine besondere Erklärung der Annahme gegenüber dem Kommittenten ist zu erwarten, wenn das Ausführungsgeschäft sofort abgeschlossen werden soll (Staub Anm. 40, Düringer-Hachenburg Anm. IV 2; vgl. Bolze 2 Nr. 916), doch muß auch in diesem Fall die Annahme durch eine unzweifelhafte Ausführungshandlung an den Tag treten (ROH. 5 282). Ein Auftrag zum Ankauf kurshabender Wertpapiere gilt im Zweifel als Auftrag zu *sofortigem* Ankauf (vgl. RG. 53 372). In gewissen Fällen gilt nach dem Gesetz teils Stillschweigen als Annahmeerklärung (HGB. § 362), teils verpflichtet das Unterlassen einer Ablehnungsanzeige zum Ersatz etwa entstandenen Schadens (BGB. § 663); ersteres insbesondere (vgl. HGB. § 362 Abs. 1 Satz 1), wenn jemandem, der gewerbsmäßig den kommissionsweisen Abschluß von Ausführungsgeschäften bestimmter Art übernimmt, ein Antrag zum kommissionsweisen Abschluß eines Geschäfts dieser Art von jemand zugeht, mit dem er in Geschäftsverbindung steht. — Über die Folgen einer unrichtigen Übermittelung der den Kommissionsauftrag enthaltenden Willenserklärung vgl. BGB. § 120, RG. 28 16.

c. **Endigung des Kommissionsvertrags.**

1. *Kündigung des Kommittenten.*

Geht man davon aus, daß der entgeltliche Kommissionsvertrag ein Werkvertrag ist (oben Anm. Ib), so kommt zur Anwendung BGB. § 649 Satz 1:

„Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen."

Daß der Kommissionsvertrag seitens des Kommittenten fristlos kündbar, ist vorausgesetzt in § 405 Abs. 3 und wurde auch nach früherem Recht angenommen (ROH. 7 179, 381, Bolze 6 Nr. 497). Da mit dem Abschließen des Ausführungsgeschäfts (bezw. der Erklärung des Selbsteintritts) das Wesentliche der vom Kommissionär zu leistenden Tätigkeit beendet ist, so wird anzunehmen sein, daß nach Abschluß des Ausführungsgeschäfts (bezw. nach Absendung der Selbsteintrittsanzeige, § 405 Abs. 3) eine Kündigung durch den Kommittenten unwirksam ist (ROH. 5 282, 7 381, 16 305). Selbst wenn eine ständige Geschäftsverbindung zwischen Kommittent und Kommissionär besteht, ohne daß dem Kommissionär ein Anrecht auf Zuweisung bestimmter Kommissionsaufträge gewährt ist, und

wenn jene Geschäftsverbindung laut Vereinbarung nur mit bestimmter Frist kündbar ist, so bleibt doch der einzelne in Gemäßheit jener Geschäftsverbindung abgeschlossene Kommissionsvertrag fristlos seitens des Kommittenten kündbar (ROH. 7 381). Sind gleichzeitig mehrere zusammenhängende Kommissionsaufträge erteilt, z. B. ein Verkaufsauftrag und ein zur Deckung wegen des ersteren bestimmter Ankaufsauftrag, so kann nach Ausführung auch nur eines dieser Aufträge keiner mehr einseitig widerrufen werden, wenn hierdurch das Interesse des Kommissionärs verletzt würde, wenn z. B. dieser hierdurch gezwungen würde, ohne die erwartete Deckung in Vorschuß zu gehen (Str. 28 290). — Die Tatsache des Abschlusses des Ausführungsgeschäfts bezw. der Absendung der Selbsteintrittsanzeige sind vom Kommissionär einredeweise dazutun (ROH. 5 282, 16 305). Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie kann formlos erklärt werden; auch schriftlich, z. B. in einem Schriftsatz im Rechtsstreit (ROH. 7 381); auch stillschweigend, z. B. durch Anstellung einer Klage auf Rückgabe des dem Kommissionär zum Verkauf übergebenen Kommissionsguts (ROH. 16 305); auch durch den Prozeßbevollmächtigten (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI d 6). Ob der Widerruf dem Kommissionär den Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung nimmt, vgl. § 396 Anm. I a 2 γ.

Wollte man den Kommissionsvertrag als Dienstvertrag ansehen, so würde man BGB. §§ 627, 628 (670 Abs. 2, 675) anzuwenden haben (so RG. 24 X 04 JW. 05 20[17]); auch dann würde zwar der Kommissionsvertrag kündbar durch den Kommittenten sein, aber auch kündbar durch den Kommissionär, und es würden ferner abweichende Grundsätze bezüglich der zu gewährenden Vergütung sich ergeben. Die auf diesem Standpunkt stehende Denkschrift bemerkt S. 232: „Daß der Kommittent jederzeit in der Lage ist, die Kommission zurückzunehmen, folgt aus § 627 BGB.; eine Vergütung kann der Kommissionär hier nur verlangen, soweit sich ein Anspruch darauf nach dem § 388 des Entwurfs“ (jetzt § 396) „begründen läßt“.

2. Konkurs des Kommittenten. Der Kommissionsvertrag erlischt, außer wenn der erteilte Kommissionsauftrag sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht (KO. § 23; vgl. HGB. § 70 Anm. I f); jedoch gilt er zu gunsten des Kommissionärs als fortbestehend, bis dieser von der Konkurseröffnung Kenntnis erlangt oder die Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses erfolgt ist (KO. § 23, BGB. § 674, KO. § 76). Ist jedoch Gefahr mit dem Aufschub der Kommissionsausführung verbunden, so hat der Kommissionär die Ausführung des Kommissionsvertrags fortzusetzen, bis der Konkursverwalter anderweit Fürsorge treffen kann; der Kommissionsvertrag gilt insoweit als fortbestehend (KO. § 23, BGB. § 672 Satz 2).

3. Abwickelung. Das Kommissionsverhältnis endet mit gänzlicher Abwickelung des Kommissionsvertrags (BGB. §§ 362 ff.). Wann Abwicklung als erfolgt anzusehen, vgl. § 384 Anm. V d. Nicht zuzustimmen ist der Ansicht des RG. 52 132, welches annahm, daß wenn nach Abhandenkommen der infolge Kommissionsauftrags angeschafften und ohne Nummernaufgabe in Verwahrung genommenen Wertpapiere der Kommissionär nunmehr zwei Jahre später neue Wertpapiere gleicher Gattung anschaffe und sie für den Kommittenten in Verwahrung nehme, dies in Ausführung des ursprünglichen Kommissionsauftrags geschehe; vielmehr wird in solchem Fall der in der Neuanschaffung liegende Versuch zur Ersetzung des Schadens unternommen als Ausfluß der Verpflichtung des Verwahrers auf Grund des an die Stelle des ursprünglichen Kommissionsvertrags später bei dessen Abwickelung (vgl. § 373 Anm. V b 1) getretenen Verwahrungsvertrags.

d. **Übertragung der Ausführung des Kommissionsvertrags durch den Kommissionär an andere Personen.** Geht man davon aus, daß der entgeltliche Kommissionsvertrag ein Werkvertrag ist (oben Anm. I b), so besteht keine gesetzliche Vorschrift darüber, ob der Kommissionär verpflichtet ist, in Person das übernommene Rechtsgeschäft abzuschließen. Es hängt vielmehr von der Vereinbarung der Parteien ab, ob und in welchem Umfang der Kommissionär sich fremder Personen zum Abschließen des ihm aufgetragenen Geschäfts bedienen darf (Planck[3] § 631 Anm. 2); bedient er sich zulässigerweise solcher Personen, so hat er gemäß BGB. § 278 ihr Verschulden wie eigenes Verschulden zu vertreten. Von vorstehendem Fall, daß der Kom-

missionär beim Abschließen des ihm aufgetragenen Geschäfts sich fremder Personen bedient, ist der andere Fall zu unterscheiden, daß das laut Kommissionsvertrag übernommene Geschäft überhaupt nur dahin geht, einen anderen mit Abschließen zu beauftragen; so z. B. im Fall der Exportkommission (oben Anm. VIe 4). — Die D. 232, die den Kommissionsvertrag als Dienstvertrag auffaßt, bemerkt: „Aus dem § 613 BGB. ergibt sich, daß der Kommissionär die Kommission im Zweifel selbst auszuführen hat, wie dies schon nach dem geltenden Rechte angenommen werden muß. Die Würdigung der Umstände des einzelnen Falls, welche es nicht selten rechtfertigen werden, eine stillschweigende Gestattung der Übertragung der Kommission an einen Unterkommissionär anzunehmen, wird hierdurch nicht gehindert. Auch darf der Kommissionär selbstverständlich seine Angestellten zur Ausführung des Auftrags heranziehen."

e. **Erfüllungsort.** Wo der Erfüllungsort sich befindet, kann außer für die Bestimmung des Orts, wo zu leisten, auch erheblich sein für das anzuwendende Recht (Bolze 1 Nr. 36, 2 Nr. 22, 4 Nr. 26; jedoch über neuere Neigung zu gegenteiliger Rechtsprechung vgl. § 349 Anm. Id 8) und für den Gerichtsstand (RG. 23 415, Bolze 8 Nr. 720).

1. Erfüllungsort des Kommissionsvertrags. In feststehender Rechtsprechung ist angenommen worden, daß, wenn beim Kommissionsvertrag das Ausführungsgeschäft am Wohnsitz bzw. Niederlassungssitz des Kommissionärs abgeschlossen werden und dort erfüllt werden soll, dieser Ort Erfüllungsort für beide Vertragsparteien des Kommissionsvertrags (Kommittent und Kommissionär) ist (RG. 12 36, 37 268, Bolze 1 Nr. 36, 2 Nr. 22, vgl. Bolze 4 Nr. 26). Dies gilt insbesondere für die auf Grund des Kommissionsvertrags etwa geschuldete Erfüllungsleistung (Bolze 1 Nr. 37) oder Ersatzleistung (RG. 12 35, RG. 30 XI 99 JW. 00 19[32], Bolze 1 Nr. 37) des Kommittenten, und auch dann, wenn der Kommissionsvertrag an einem anderen Ort abgeschlossen ist (RG. 37 268). Die Urteile weichen jedoch untereinander darin ab, daß in einem der Wohnsitz bzw. Niederlassungssitz des Kommissionärs als solcher (Bolze 17 Nr. 289, 387), in anderen der beabsichtigte Ausführungsort als solcher (RG. 12 35, 37 268, Bolze 1 Nr. 37), in noch anderen derjenige Ort, an dem der Kommissionär seine Leistung aus dem übernommenen Ausführungsgeschäft zu erfüllen hätte (RG. 23 413, RG. 26 I 95 JW. 128[18]), für maßgebend erklärt wird, was zu voneinander abweichenden Entscheidungen dann führen würde, wenn im Einzelfall jene drei Orte auseinanderfallen. Der Wohnsitz bzw. Niederlassungssitz des Kommissionärs wird für entscheidend zu erachten sein (ebenso Staub Anm. 37, Düringer-Hachenburg Anm. IV 4). Im Zweifel ist anzunehmen, daß inhalts des Kommissionsvertrags das Ausführungsgeschäft in der am Niederlassungssitz des Kommissionärs üblichen Weise abgeschlossen werden soll, bei den an der Börse des Niederlassungssitzes vorzunehmenden Börsengeschäften also so, daß dort beide Vertragsparteien des Ausführungsgeschäfts zu erfüllen haben (Bolze 8 Nr. 355). — Im Fall eines seitens des Kommissionärs dem Kommittenten gegebenen Vorschusses wurde der Wohnort des Kommissionärs als Erfüllungsort für die Rückzahlungsverpflichtung des Kommittenten erachtet (RG. 8 370).

2. Erfüllungsort des Ausführungsgeschäfts auf seiten des Komissionärs (und des Kommittenten). Vom Erfüllungsort des Kommissionsvertrags ist zu unterscheiden der Erfüllungsort des Ausführungsgeschäfts. Schließt der Kommissionär mit einem Dritten ab, so kommen die gewöhnlichen Regeln des BGB. § 269 zur Anwendung, und zwar in der Weise, daß gegenüber dem Dritten der Kommissionär, nicht etwa der Kommittent, Schuldner ist. Die Regeln des BGB. § 269 führen dahin, daß bei der Verkaufskommission, wenn eine Umladung des Kommissionsguts unzweckmäßig ist, als Parteiwille anzusehen ist, daß der Kommissionär am Herstellungs- oder Lagerungsort des Guts zu erfüllen hat (RG. 10 91), daß aber, wenn aus den Umständen nicht, wie im vorstehend erwähnten Fall, etwas anderes zu entnehmen ist, der Kommissionär an seinem Wohnsitz bezw. Niederlassungssitz die durch das Ausführungsgeschäft übernommene Verpflichtung zu erfüllen hat (RG. 10 91). Hieraus folgt, daß, wenn der Kommissionär durch Selbsteintritt Käufer wird, der Kommittent in Ermangelung ausdrücklicher Abreden oder aus den Umständen sich er-

gebenden gegenteiligen Parteiwillens am Wohnsitz bezw. Niederlassungssitz des Kommissionärs zu erfüllen hat (RG. 10 91, 23 415, RG. 30 XI 99 JW. 00 19[22], Bolze 8 Nr. 355, 720, 17 Nr. 289).

f. **Leistungsverzug des Kommittenten oder Kommissionärs.**

1. Allgemeines. Zur Anwendung kommen die Bestimmungen des BGB. §§ 326 (vgl. Vorbem. zu HGB. §§ 375, 376), 636 (oben Anm. Ib), 361. Für den Fall der Säumnis (die kein Verzug zu sein braucht) des Kommittenten in der Verfügung über das Gut sind daneben HGB. §§ 389, 388 Abs. 2 anwendbar. Über die Rechtsverhältnisse bei Sachmängeln vgl. § 391 Anm. IIa; über die Pflicht des Kommittenten, die durch eigene Nichtleistung veranlaßten Aufwendungen des Kommissionärs zu ersetzen, vgl. § 396 Anm. IIc 7; über seine Verpflichtung, ihm Vorschuß zu leisten und die auf Grund des Ausführungsgeschäfts zu bewirkende Gegenleistung bereitzustellen, vgl. § 396 Anm. III.
2. Rechte des Einkaufskommissionärs nach Herausgabe des eingekauften Gegenstands. In entsprechender Anwendung des BGB. § 454 wird angenommen werden dürfen, daß dem Einkaufskommissionär, der den Kommissionsvertrag durch Einkauf und Herausgabe des eingekauften Guts erfüllt und die Provision gestundet hat, das in BGB. § 325 Abs. 2 und in BGB. § 326 bestimmte Rücktrittsrecht nicht zusteht. Dem Fall der Herausgabe durch körperliche Besitzübertragung steht der andere gleich, daß ein neues Rechtsverhältnis vereinbart ist, kraft dessen der Kommissionär fortan für den Kommittenten besitzt (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. V c 2); so z. B., wenn der Kommissionär die Verwahrung des eingekauften Gegenstands für den Kommittenten übernommen hatte.
3. Rechte des Einkaufskommissionärs vor Herausgabe des eingekauften Gegenstands. Vgl. auch § 298 Anm. II.

Bestritten ist, ob dem Kommissionär das Recht auf Leistungsablehnung gemäß BGB. § 326 und insbesondere das Rücktrittsrecht noch zusteht, wenn er zwar bereits eingekauft, aber noch nicht herausgegeben hat, oder ob ihm in diesem Fall nur ein Recht auf Pfandbefriedigung gemäß HGB. § 398 verbleibt.

Hierüber bemerkt D. 240: „Neben dem Rechte, für seinen Anspruch auf Erfüllung und auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung aus dem Kommissionsgute wie aus einem Pfande Befriedigung zu suchen, stehen dem Kommissionär nach dem Entwurfe im Falle eines Erfüllungsverzuges des Kommittenten weitere Rechte nicht zu. Insbesondere ist der Kommissionär nicht befugt, die angeschaffte Ware auf Grund der Erklärung, daß er von dem Kommissionsvertrage zurücktrete, für sich zu behalten. Auch aus den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts ist eine derartige Befugnis des Kommissionärs nicht herzuleiten, und es bedarf daher keiner besonderen Vorschrift, um dieselbe auszuschließen. Gemäß § 326 BGB. kann allerdings bei einem gegenseitigen Vertrage dem Teile, welcher mit der ihm obliegenden Leistung im Verzug ist, von dem anderen Teile eine Nachfrist mit der Wirkung gesetzt werden, daß der letztere nach fruchtlosem Ablaufe der Frist von dem Vertrage zurücktreten und demgemäß die Gegenleistung verweigern darf. Bei dem Kommissionsgeschäfte ist aber nur die Besorgung des aufgetragenen Geschäfts einerseits, die vertragsmäßige Provision andererseits als Leistung und Gegenleistung im Sinne jener Vorschrift zu betrachten, während die dem Kommissionär obliegende Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten weder zu dem Recht auf Provision noch zu dem Ersatze der Aufwendungen, den der Kommissionär zu beanspruchen hat, in einem solchen Verhältnisse steht."

Der Denkschrift folgt Staub § 397 Anm. 10; die von der Denkschrift verworfene Ansicht wird vertreten von CosackHR. § 43 II 15, Lehmann § 384 Nr. 27, § 389 Nr. 3, Adler in HoldheimsMSchr. 97 171, Düringer-Hachenburg § 385 Anm. V 2b.

Die Ansicht des Verfassers der Denkschrift erscheint nicht zutreffend. Willkürlich ist, ob man die Gegenleistung des Einkaufskommissionärs dahin bestimmt, daß er „einzukaufen und etwa Erhaltenes herauszugeben habe" oder dahin, daß er „einzukaufen" habe, woran sich die fernere Verpflichtung knüpfe, auch etwa Erhaltenes „herauszugeben". Der

Umstand, daß nicht notwendig bei jeder Einkaufskommission der Kommissionär Besitz und Eigentum am Eingekauften erwerben muß, vielmehr beides unmittelbar vom Verkäufer auf den Kommittenten übergehen kann, ändert nichts daran, daß, wenn im Einzelfall der Vertrag dahin geht, daß zunächst der Kommissionär Besitz und Eigentum erwerben soll, die Herausgabe zu seinen wesentlichsten Obliegenheiten gehört. Wirtschaftlich wird sogar die Herausgabe in der Regel wesentlicher sein als der Einkauf; die Provision wird in solchen Fällen für Einkauf und Abwickelungstätigkeit, nicht für ersteren allein, gezahlt, und danach wird ihre Höhe bemessen; auch die Herausgabetätigkeit ist mithin ein Teil (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XIV) derjenigen Leistung des Kommissionärs, für welche die Provisionsleistung des Kommittenten Gegenleistung ist.

Wollte man aber selbst der Denkschrift darin folgen, daß die Herausgabeleistung nicht Gegenleistung des Kommissionärs im Sinn des BGB. § 326 sei, so wäre hieraus doch nicht ableitbar, daß der Rücktritt überhaupt ausgeschlossen ist; vielmehr würde bei Verzug des Kommittenten der Einkaufskommissionär dennoch gemäß BGB. § 326 vom Kommissionsvertrag zurücktreten dürfen; nur daß zweifelhaft bliebe, ob er — abgesehen von seinem Vorwegbefriedigungsrecht (§ 398) — die eingekaufte Sache herausgeben muß; da aber dann der Kommissionsvertrag durch Rücktritt erloschen ist, so mangelt es an einem Rechtsgrund sowohl für die Herausgabepflicht wie auch für das Vorwegbefriedigungsrecht.

Der Gesichtspunkt der Abwickelung ist nicht verwertbar; denn außer soweit etwa BGB. § 454 entsprechend anwendbar (oben zu 2), schließt einseitige Erfüllung nicht nach BGB. § 326 den Rücktritt aus, und ferner würde dann — was bisher von keiner Seite behauptet — auch der Kommittent nach Abschluß des Ausführungsgeschäfts nicht bei Herausgabeverzug des Kommissionärs zurücktreten können.

Hiernach ist anzunehmen, daß der Einkaufskommissionär auch nach Kaufabschluß und nach Empfang der eingekauften Ware bei Verzug des Kommittenten die Rechte aus BGB. § 326 ausüben und insbesondere vom Kommissionsvertrag zurücktreten kann, und daß, wenn er den Rücktritt vom Vertrag erklärt, er auch seiner Herausgabepflicht ledig wird, soweit letztere auf dem Kommissionsvertrag beruht. Die Herausgabepflicht bleibt jedoch bestehen, soweit sie nicht mehr auf dem Kommissionsvertrag, sondern auf einem neu vereinbarten Rechtsverhältnis beruht, z. B. auf einem Verwahrungsvertrag (oben zu 2) oder auf der Begebung eines Verfügungspapiers durch den Kommissionär an den Kommittenten. Ein vom Kommittenten etwa bereits erworbenes Eigentumsrecht am eingekauften Gut erlischt nicht durch den Rücktritt, selbst wenn das Gut noch im Besitz des Kommissionärs sich befindet; der Rücktritt gibt vielmehr nur ein Forderungsrecht auf Rückübertragung des Eigentums. Der Rücktritt erledigt ferner nicht, sondern erzeugt vielmehr (BGB. § 346) den Anspruch auf Herausgabe des zwecks Ausführung der Kommission Erhaltenen.

g. **Übergang des Eigentums auf den Kommittenten bei der Einkaufskommission.**

1. Die Denkschrift 236 bemerkt: „Der Entwurf sieht davon ab, besondere Vorschriften über den Eigentumserwerb des Kommittenten zu treffen, er läßt es vielmehr bei den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts bewenden. Nach diesen muß es als Regel gelten, daß der Kommissionär, da er im eigenen Namen handelt, auch das Eigentum an den für Rechnung des Kommittenten angeschafften Sachen zunächst für sich erwirbt, und daß es demnach einer Übertragung des Eigentums von dem Kommissionär auf den Kommittenten bedarf, um diesen zum Eigentümer zu machen. Hierzu ist nicht unbedingt die Ausantwortung der Sache an den Kommittenten erforderlich, vielmehr genügt, falls der Gegenstand in der Verwahrung des Kommissionärs bleiben soll, der in erkennbarer Weise bekundete Wille des letzteren, den Besitz weiterhin für den Kommittenten auszuüben. Eine solche Eigentumsübertragung kann zeitlich mit dem Erwerbe des Kommissionärs zusammenfallen; zu ihrer Wirksamkeit ist es bei Sachen, die nur der Gattung nach bestimmt sind, genügend, daß sie für den Kommittenten ausgesondert werden. An diesen Grundsätzen wird auch durch das BGB. nichts geändert." Auch das ADH. hatte, abweichend vom

preuß. Entwurf, von einer ausdrücklichen Regelung abgesehen, vielmehr der Rechtsprechung die Entscheidung überlassen (P. 698 ff., 1196 ff., 1201 ff., 1250 ff., 1442 f., 1450 ff.).

2. Notwendigkeit besonderer Eigentumsübertragung durch Kommissionär. Überträgt der dritte Verkäufer das Eigentum auf den Einkaufskommissionär, so wird zunächst letzterer Eigentümer (ROH. 11 11, RG. 11 56; Einkauf von Wechseln: RG. 32 128). Er ist dies auch im Verhältnis zum Kommittenten (RGSt. 3 153) und dessen Gläubigern. Die Ausnahme des § 392 greift, da sie sich nur auf „Forderungen" bezieht, in diesem Fall nicht ein. Bezüglich des dinglichen Herausgabeanspruchs selbst dann nicht, wenn der Kommissionär seinerseits nur durch Abtretung eines Herausgabeanspruchs Eigentum erworben und der dritte Besitzer noch nicht herausgegeben hatte (vgl. § 392 Anm. I a). Der Kommittent hat zwar gegen den Kommissionär ein Forderungsrecht auf Eigentumsübertragung (Plenum OTr. 17 21, ROH. 16 211, 269, 19 79); aber erst mit der Eigentumsübertragung seitens des Kommissionärs geht das Eigentum auf den Kommittenten über (ROH. 19 81, OLG. Kolmar 14 XI 90 ZHR. 44 241, Staub Anm. 31, Lehmann § 392 Nr. 10, Düringer-Hachenburg § 384 Anm. IV; dagegen bei Einzelkauf Jung ZHR. 47 184). Bis zu dieser Eigentumsübertragung darf daher der Kommissionär die eingekauften Gegenstände wieder für eigene Rechnung veräußern, ohne daß hierin eine strafbare Unterschlagung oder Untreue liegt (D. 237, RGSt. 2 188, 3 152; über Veräußerung der durch das Ausführungsgeschäft erworbenen Forderungen vgl. § 392 Anm. III b 3); eine Ausnahmebestimmung für Wertpapiere enthält jedoch AufbewahrungsG. § 6. Soweit diese Ausnahme nicht eingreift, treten nur bürgerrechtliche Folgen ein, diejenigen nämlich eines vom Kommissionär zu vertretenden Unmöglichwerdens der von ihm geschuldeten Leistung der Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten (hierüber § 384 Anm. VI f). Vor jener Eigentumsübertragung hat der Kommittent im Konkurs des Kommissionärs kein Aussonderungsrecht (D. 237). Nach jetzigem Recht (BGB. § 164 Abs. 2) ist nicht mehr die nach früherem gemeinem Recht bestehende (RG. 30 142) Möglichkeit zuzugeben, daß der Kommissionär unmittelbar für den Kommittenten Eigentum durch Übertragung erwerben kann, ohne dem dritten Übertrager erkennbar zu machen, daß er nicht in eigenem Namen erwerben will (Lehmann § 392 Nr. 10; dahingestellt RG. 58 277). — Auch im Fall des Selbsteintritts bleibt der als Verkäufer eintretende Kommissionär zunächst Eigentümer der Ware, bis er mittels besonderer Handlung das Eigentum auf den Kommittenten überträgt (D. 237).

3. Arten der Eigentumsübertragung.

Maßgebend sind die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, insbesondere also BGB. §§ 929—931 und die Bestimmungen über Verfügungspapiere.

Für den Fall der Eigentumsübertragung durch Besitzvertrag (BGB. § 930) ist hervorzuheben: Die (als Ersatz der Übergabe zulässige) Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt, kann betagt und aufschiebend bedingt schon vor Einkauf durch den Kommissionär erfolgen; so z. B. wenn vereinbart wird, daß der Kommissionär die einzukaufende Sache demnächst für den Kommittenten in Verwahrung nehmen soll. Die außerdem erforderliche dingliche Einigung kann zwar gleichfalls betagt und aufschiebend bedingt geschehen (Planck[3] § 929 Anm. 5), erfolgt jedoch fast ausnahmslos erst, nachdem der Kommissionär Eigentümer geworden ist. Bei dieser dinglichen Einigung wird der Kommissionär in der Regel als ermächtigt zu erachten sein, außer sich selbst auch den Kommittenten zu vertreten, zumal in der Erklärung der Einigung über Eigentumsübergang des eingekauften Kommissionsguts an den Kommittenten in der Regel ausschließlich die Erfüllung einer Verbindlichkeit liegt (BGB. § 181, RG. 52 132; vgl. jedoch RGSt. 9 186). Der Wille des Kommissionärs, mit sich selbst als Vertreter des Kommittenten die dingliche Einigung vorzunehmen, muß erklärt sein, um Wirksamkeit zu erlangen (BGB. § 164 Abs. 2, ROH. 18 177, RG. 3 I 03 JW. Beil. 32[63], Düringer-Hachenburg § 384 Anm. IV 1; im Ergebnis abweichend Lehmann § 392 Nr. 18). Eine ausdrückliche Erklärung der vorgenommenen dinglichen Einigung liegt z. B. in der Absendung des Stückeverzeichnisses an den Kom-

mittenten (vgl. AufbewahrungsG. § 7 Satz 1), selbst wenn der Kommissionär die Stücke des betreffenden Kommittenten nicht gesondert aufbewahrt. Ebenso in der zu einer tatsächlich erfolgten Aussonderung hinzukommenden Aussonderungsanzeige, selbst wenn in der Anzeige die ausgesonderten Stücke nicht genau bezeichnet sind (ROH. 25 255, RG. 11 60). Bei anderen Handlungen des Kommissionärs ist es Auslegungsfrage, ob durch sie die Vornahme der dinglichen Einigung zum Ausdruck kommen sollte, oder ob vielmehr der Kommissionär nur eine einseitige, mithin einseitig rücknehmbare Verfügung vornehmen wollte. Ersteres aber wird in der Regel als gewollt anzunehmen sein bei Aussonderung der Ware durch Bezeichnung mit dem Namen des Kommittenten, durch Hineinlegen in ein besonderes für ihn bestimmtes Behältnis oder durch Buchung der eingekauften Papiernummern auf sein Effektenkonto (Planck[3] § 930 Anm. 5), durch Hineinlegen der angekauften Wertpapiere in ein mit dem Namen des Kommittenten versehenes Papierband (RG. 52 132) oder durch sonstige äußere Erkennbarmachung des Eigentumsübergangs (RG. 3 I 03 JW. Beil. 32[63]), selbst wenn eine Anzeige von der erfolgten Aussonderung nicht erstattet ist (RG. 52 132).

Entsprechendes gilt auch abgesehen von dem Fall einer Einkaufskommission. So z. B., wenn ein Bankier die ihm verpfändeten Wertpapiere unterschlägt und demnächst andere gleichartige ankauft und sie in ein mit dem Namen des Verpfänders versehenes Papierband hineinlegt. In solchem Fall liegt in der Regel auf seiten des Bankiers Eigentumsübertragungswille vor (RG. 2 III 06 JW. 227[11]), und er handelt bei Annahme der Eigentumsübertragung und bei Vereinbarung des neuen Rechtsverhältnisses gleichzeitig als Vertreter des Verpfänders mittels auftragloser Geschäftsführung (ähnlich RG. 2 III 06 JW. 228[11]).

4. Übersendung des Stückeverzeichnisses.

Bezüglich der Einkaufs- und Umtauschkommission bei vertretbaren Wertpapieren (außer Banknoten und Papiergeld) bestimmt AufbewahrungsG. § 7 Abs. 1:

> „Mit der Absendung des Stückeverzeichnisses geht das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten über, soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist. Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, nach welchen der Übergang des Eigentums schon in einem früheren Zeitpunkte eintritt, bleiben unberührt."

Hiernach bezeichnet die Absendung des Stückeverzeichnisses nur den spätesten Zeitpunkt, zu welchem das Eigentum übergeht. Die oben zu 3 erwähnten Grundsätze bleiben daher maßgebend, soweit ihre Anwendung einen früheren Zeitpunkt ergibt. Der Zeitpunkt der Absendung ist der entscheidende; die Eigentumsübertragung wird daher nicht rückgängig durch späteren Widerruf, der dem Kommittenten vor Eingang des Stückeverzeichnisses zugeht.

An sich geht mit der Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum selbst dann über, wenn der Wille des Absenders nicht auf Eigentumsübertragung gerichtet war (Düringer-Hachenburg Anm. IV 2). Indessen wird zuzulassen sein, daß der Absender durch gleichzeitige Willenserklärung diese Folgerung ausschließt, z. B. indem er dem Kommittenten mitteilt, daß für ihn die im anliegenden Verzeichnis aufgeführten Stücke angeschafft seien, daß aber der Kommissionär das Eigentum daran so lange sich vorbehalte, bis der Kommittent die entsprechende Zahlung leiste.

Zweifelhaft ist, welche Tragweite den einschränkenden Worten „soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist" zuzuschreiben ist. Da ein zur Verfügung berechtigendes Forderungsrecht nicht gemeint sein kann, so sind jene Worte als gleichbedeutend anzusehen mit „soweit der Kommissionär Eigentümer der Papiere, oder zwar Nichteigentümer, aber ermächtigt ist, für den Eigentümer über die Papiere zu verfügen" (zust. Düringer-Hachenburg Anm. IV 2c). Neben dem so in AufbewahrungsG. § 7 Abs. 1 allein geregelten Fall würden dann ungeändert die Bestimmungen des BGB. §§ 932 ff., HGB. § 366 eingreifen für den Fall, daß zur Zeit der durch Absendung des Stückeverzeichnisses erklärten dinglichen Einigung (oben zu 3) der Kommissionär weder Eigentümer, noch ermächtigt war, für den Eigentümer über die Papiere zu verfügen, der Kommittent

aber zu den in BGB. §§ 932 ff. näher angegebenen Zeitpunkten (vgl. Düringer-Hachenburg Anm. IV 2c) in gutem Glauben war. Abweichend Staub Anm. 30, dessen Ausführungen auf den nicht zu billigenden Annahmen beruhen, daß in der Übersendung des Stückeverzeichnisses ein Ersatz der Übergabe, nicht die Erklärung der dinglichen Einigung, liege (dagegen oben zu 3), und daß Übergabe durch Besitzvertrag nur bei unmittelbarem Besitz des Übertragers zulässig sei (dagegen Planck[3] § 930 Anm. 2).

Bei Wertpapieren auf Namen, z. B. Namenaktien, ist die Übersendung des Stückeverzeichnisses als Abtretung des verbrieften Rechts zu deuten, überträgt daher im Verhältnis des Kommissionärs zum Kommittenten gleichfalls die Eigenberechtigung aus dem Papier (§ 222 Anm. IVa), ohne daß erforderlich ist, daß ein nicht mit Blankoindossament versehenes Papier seitens des Kommissionärs an den Kunden indossiert wird (dagegen Simon in Festg. f. Wilke 263).

Über die Pflicht des Kommissionärs, ein Stückeverzeichnis zu erteilen, vgl. § 384 Anm. IVd. Über die Frage, ob durch Übersendung des Stückeverzeichnisses Eigentum auch dann übergeht, wenn das Verzeichnis nicht der Wahrheit entspricht, vgl. § 384 Anm. IVd 5.

5. Verfolgungsrecht des Einkaufskommissionärs im Konkurs des Kommittenten. Hierüber bestimmt KO. § 44. Über den Vorrang des Verfolgungsrechts vor einem etwaigen Zurückbehaltungsrecht des Beförderers vgl. § 369 Anm. VId.

6. Geldzahlungen des Kommittenten an den Kommissionär. Im Zweifel wird als gewollt anzusehen sein, daß solche Gelder sofort mit der Übergabe Eigentum des Kommissionärs werden sollen. So bei Vorschußleistungen des Kommittenten in Anrechnung auf den Einkaufspreis, auf sonstige Auslagen des Kommissionärs oder auf dessen Provision. Doch kann das Gegenteil vereinbart sein. Eine solche gegenteilige Vereinbarung ist namentlich auch anzunehmen, wenn das übersandte Geld als Ware verkauft werden soll (Lehmann § 392 Anm. 8).

h. **Eigentumsverhältnisse** bei der Verkaufskommission.

1. Eigentum an der zu verkaufenden Ware. Der Kommittent bleibt Eigentümer der ihm gehörenden Sachen, auch nachdem er sie dem Verkaufskommissionär übergeben hat. Er verliert das Eigentum erst, wenn ein anderer (in der Regel der Dritte, der vom Verkaufskommissionär kauft) es erwirbt. Wann letzterer es erwirbt, hängt davon ab, wann der abgeschlossene Verkauf durch Bewirkung der Eigentumsübertragung ausgeführt wird; letzteres aber ist unabhängig davon, ob bei Abschluß des Verkaufs die Ware bereits in den Besitz des Verkaufskommissionärs gelangt war. In den regelmäßigen Fällen ist mithin der Verkaufskommissionär auch nicht vorübergehend Eigentümer der zu verkaufenden Ware, das Eigentum geht vielmehr unmittelbar von dem Kommittenten auf den Dritten über. Über den Fall der Vermischung der dem Kommissionär übergebenen Waren mit gleichartigen Waren anderer Kommittenten oder des Kommissionärs vgl. BGB. § 948. Zu einer solchen Vermischung ist der Kommissionär im Zweifel nicht berechtigt (Staub Anm. 36; vgl. HGB. § 419). Strafbare Unterschlagung oder Untreue kann vorliegen, wenn der Verkaufskommissionär die ihm zum Verkauf übergebene Ware mit der vorher gefaßten Absicht veräußert, den Erlös für sich zu verwenden (RGSt. 2 189, 3 156). Übt der Verkaufskommissionär das Recht des Selbsteintritts aus, so erwirbt er hierdurch allein ebensowenig Eigentum wie ein dritter Käufer, wenn er vom Verkaufskommissionär kauft (dagegen Staub Anm. 35). Vielmehr muß auch im Fall des Selbsteintritts die Ausführung des durch den Selbsteintritt abgeschlossenen Kaufvertrags hinzukommen. Ist allerdings der Verkaufskommissionär zur Zeit des Selbsteintritts bereits im Besitz der Ware, so ist er (entsprechend dem für die Einkaufskommission Geltenden, oben zu g 3) für ermächtigt zu erachten, die dingliche Einigung (BGB. § 929 Satz 2) namens des Kommittenten mit sich selbst abzuschließen (BGB. § 181), und die an sich auch hier (wie bei der Einkaufskommission) erforderliche ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung dieser Einigung wird in diesem Fall in der Regel als bereits in der Selbsteintrittsanzeige liegend angesehen werden können.

2. Eigentum an der Gegenleistung des dritten Käufers. Bezüglich des Geldes, das der dritte Käufer dem Verkaufskommissionär als Gegenleistung gegen die verkaufte Ware zahlt, gilt dasselbe wie bezüglich der dem Einkaufskommissionär seitens des dritten Verkäufers gelieferten Ware (oben zu g, vgl. B. 1192 ff.): es wird in den regelmäßigen Fällen zunächst Eigentum des Kommissionärs (ebenso Lehmann § 392 Nr. 9). Doch kann der Kommissionär dies verhindern, wenn er vor oder bei Entgegennahme in einer dem Käufer erkennbaren Weise hervortreten läßt, daß er nicht in eigenem Namen, sondern als unmittelbarer Vertreter des Kommittenten für diesen Eigentum erwerben wolle (RG. 24 314; vgl. oben zu g 2, Lehmann 2 234 Fußnote 1).

§ 384.

Pflichten des Kommissionärs.

Der Kommissionär ist verpflichtet, das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen; er hat hierbei das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen.

Er hat dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere von der Ausführung der Kommission unverzüglich Anzeige zu machen; er ist verpflichtet, dem Kommittenten über das Geschäft Rechenschaft abzulegen und ihm dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat.

Der Kommissionär haftet dem Kommittenten für die Erfüllung des Geschäfts, wenn er ihm nicht zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission den Dritten namhaft macht, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat.

ADH. Art. 361, 376 Abs. 3, **Entw. I** § 356. **Entw. II** § 376.
BörsG. § 74 Abs. 3.

I. **Ausführungspflicht.** Der Kommissionsvertrag besteht auf seiten des Kommissionärs in der Übernahme der Verpflichtung, ein Geschäft auszuführen (§ 383 Anm. VI d).

a. **Das übernommene Geschäft.** Geschäft = Rechtsgeschäft (§ 383 Anm. VI e 1). Das übernommene Geschäft ist auszuführen. Führt der Komissionär ein anderes als das übernommene Geschäft aus, so liegt hierin keine Ausführung der im Kommissionsvertrag übernommenen Verpflichtung, sondern eine Geschäftsführung ohne Auftrag. Doch kann das so abgeschlossene Geschäft demnächst durch übereinstimmenden Willen des Kommissionärs und des Kommittenten den Regeln eines Ausführungsgeschäfts beim Kommissionsvertrag unterstellt werden. Daß dies beabsichtigt ist, wird in der Regel anzunehmen sein, wenn der Kommissionär den Kommittenten davon benachrichtigt, daß er das nicht übernommene Geschäft anstatt des übernommenen ausgeführt habe, und der Kommittent sich hierbei ohne Vorbehalt beruhigt.

b. **Ausführung.** Unter „ausführen" im § 384 Abs. 1 ist das Abschließen des übernommenen Geschäfts verstanden (§ 384 Abs. 2, 3: „Anzeige von Ausführung", §§ 400 ff.: „Ausführung durch Selbsteintritt", § 405: „Ausführung durch Abschluß", vgl. § 400 Anm. II a; ebenso Staub Anm. 2, Düringer-Hachenburg Anm. III 1 c; über die abweichende Bedeutung von „Ausführung" in §§ 88, 396 vgl. § 396 Anm. I a 1), denn gemeinsames Merkmal aller Fälle des Kommissionsvertrags ist nur, daß der Kommissionär das Abschließen eines Geschäfts übernimmt. Je nach den Umständen des Einzelfalls kann jedoch der Kommissionär gegenüber dem Kommittenten die fernere Verpflichtung übernommen haben, das abgeschlossene Ausführungsgeschäft auch durch Vornahme der erforderlichen Abwickelungshandlungen zur Erledigung zu bringen (vgl. auch § 407 Anm. II d). So kann bei dem Einkaufskommissionär insbesondere der Kommissionsauftrag auf das bloße Abschließen des Kaufs beschränkt sein (ROH. 1 84, 20 316), und es ist nicht wesentlich für den Kommissionsvertrag, daß der Kommissionär gegenüber dem Kommittenten auch die Verpflichtung übernimmt, die eingekaufte Sache vom Verkäufer entgegenzunehmen, sie zu prüfen und nötigenfalls Mängelanzeige zu erstatten (ROH. 20 316; vgl. jedoch die gesetzliche Regel in § 388). Daß dem Kommissionär im Verhältnis zu dem Dritten, mit dem er das Ausführungsgeschäft abgeschlossen hat, die Verpflichtung zur Abnahme der Ware oder zu sonstigen Abwickelungshandlungen obliegt, ist, falls zwischen ihnen nichts Gegenteiliges bedungen, selbstverständlich. Bei der einem Bankier von einem auswärtigen Kommittenten erteilten Einkaufskommission ist es allgemeiner Geschäftsgebrauch, daß der Bankier, falls er nicht mit der Verwahrung beauftragt wird, auch die Übersendung der eingekauften Wertpapiere an den Kommittenten zu besorgen hat (ROH. 20 303). Vgl. auch unten Anm. VI c.

c. **Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.**

1. Sorgfaltspflicht. Ist der betreffende Kommissionsvertrag auf seite des Kommissionärs Handelsgeschäft, so folgt seine Verpflichtung zur Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei Abschließung des Ausführungsgeschäfts bereits aus BGB. § 276, HGB. § 347; der § 384 Abs. 1, indem er die Sorgfaltspflicht betont, enthält daher im wesentlichen nur eine Wiederholung des bereits an anderer Stelle Verordneten; nicht an anderer Stelle verordnet ist nur, daß, wenn auch der Kommissionsvertrag nicht Handelsgeschäft des Kommissionärs ist, dieser zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verpflichtet ist. Wenn § 384 Abs. 1 Halbs. 1 das Bestehen einer Sorgfaltspflicht beim Abschließen (oben Anm. I b) des Geschäfts betont, so darf hieraus nicht gefolgert werden, daß dieselbe Pflicht bei den übrigen aus dem Kommissionsvertrag folgenden Verpflichtungen nicht bestände. Vielmehr besteht sie auch bezüglich aller übrigen Verpflichtungen aus dem Kommissionsvertrag, sowohl Hauptverpflichtungen wie Nebenverpflichtungen. So z. B. bezüglich der Ausführung des Pfandverkaufs wegen eigener Forderungen des Kommissionärs (ROH. 10 194; dagegen Lehmann 2 251 Fußnote 3) und bezüglich der Berichte und Mitteilungen, die vor Abschluß des Kommissionsvertrags erfolgen (RG. 42 131), falls bezüglich Zusendung dieser Berichte und Mitteilungen ein besonderes Vertragsverhältnis besteht oder sie so eng mit dem demnächst abgeschlossenen Kommissionsvertrag zusammenhängen, daß sie als vorweggenommene Nebenleistung des Kommissionärs aus diesem Vertrag anzusehen sind (unten Anm. III b). Hat der Kommissionär gemäß Weisung des Kommittenten in öffentlicher Versteigerung verkaufen lassen, so ist er mangels etwaigen besonderen Versehens nicht verantwortlich dafür, daß der Marktpreis oder der vom Kommittenten erwartete Durchschnittspreis nicht erreicht worden ist (ROH. 11 147, 15 438). Maßgebend ist stets nur, daß der Kommissionär die genügende Sorgfalt angewendet hat und dann richtig zu handeln glaubte, unerheblich ist, ob er etwa trotz Anwendung genügender Sorgfalt nicht richtig gehandelt hat (RG. 15 160). — Insbesondere bei Prämiengeschäften hat der Kommissionär, wenn ihn der Kommittent ohne Anweisung über die Abwickelung des Geschäfts läßt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns dieselbe Wahl zu treffen, welche der Kommittent verständigerweise für sich selbst treffen müßte; er hat daher je nach dem Kursstand am Stichtag entweder die Prämie zu kündigen, d. h. Lieferung zu begehren, oder die Prämie aufzugeben und vom Geschäft zurückzutreten, und er muß hierbei das dem Kommittenten

Günstigere wählen. Ist der Abnahmekurs dem Kurs am Stichtag gleich, so darf der Kommissionär beliebig das Wahlrecht ausüben und braucht namentlich nicht ohne Deckung die Papiere abzunehmen (ROH. 15 400).

2. Beweislast. Die Beweislast bezüglich Erfüllung der Sorgfaltspflicht trifft den Kommissionär (ebenso den Speditör, D. 242); namentlich dann, wenn die Geschäftsausführung dem Zweck des erhaltenen Auftrags im Ergebnis nicht entsprach, sondern mit Nachteil für den Kommittenten endigte (ROH. 8 35, 10 190, 11 405, 17 239, 19 214, RG. 6 52, vgl. auch § 390 Abs. 1). Er hat insbesondere diejenigen Tatsachen darzutun, die das Ergebnis des Ausführungsgeschäfts als ein den Umständen nach angemessenes erweisen (ROH 8 35). Eine Umkehrung der Beweislast findet jedoch statt, wenn der Kommittent dem Kommissionär schuldhaft die Beweisführung wesentlich erschwert oder unmöglich macht (Anhang zu § 377 Anm. XIIb 5); so z. B., wenn er durch Weigerung der Abnahme des eingekauften Kommissionsguts dessen Einlagerung nötig gemacht hat und erst nach zweijähriger Einlagerung mit Bemängelungen der Beschaffenheit des Kommissionsguts hervortritt (ROH. 21 261).

3. Mitverschulden des Kommittenten. Hat ein Verschulden des Kommittenten mitgewirkt, so kommt BGB. § 254 zur Anwendung.

II. **Wahrnehmung des Interesses des Kommittenten.**

a. **Nach Abschluß des Kommissionsvertrags.** Durch den Kommissionsvertrag wird ein Vertrauensverhältnis zwischen dem Kommittent und dem Kommissionär begründet. Der Kommissionär darf daher selbst bei Vorhandensein eines eigenen gegenteiligen Interesses nicht das Interesse des Kommittenten außer acht lassen, sondern das letztere soll auch für ihn entscheidend sein (RG. 13 IV 01 JW. 408[30]). Hat z. B. der Verkaufskommissionär die Ware verkauft, und kommt sie infolge von Annahmeweigerung oder Rücktritt zurück, so darf er nicht ohne vorherige Rückfrage einen neuen Verkauf vornehmen oder zu den früheren Bedingungen Selbsteintritt erklären, wenn inzwischen Ereignisse eingetreten waren (z. B. Steigen des Marktpreises), von denen er annehmen mußte, daß sie den Kommittenten veranlassen würden, den früheren Kommissionsauftrag zu widerrufen (ROH. 16 135). Die Verpflichtung, das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen, besteht nur mit Bezug auf das Ausführungsgeschäft („hierbei"), auf dessen Abschließen und Abwickeln, also nur insoweit er für fremde Rechnung handelt. Nicht in höherem Maß als bei anderen Verträgen besteht dagegen ein Vertrauensverhältnis insoweit, wie der Kommissionär nicht für fremde, sondern für eigene Rechnung handelt. Für eigene Rechnung aber handelt er bei Begründung und Lösung seines eigenen Verhältnisses zum Kommittent, also bei Abschluß und Abwickelung des Kommissionsvertrags; hierbei schuldet er eine Wahrnehmung des Interesses des Kommittenten nur insoweit, als dies aus besonderem Rechtsgrund (unten zu b) im Einzelfall folgt. — Der Parteiwille wird in der Regel dahin auszulegen sein, daß falls der Kommissionär gleichzeitig für eigene Rechnung mit dem Dritten ein gleichartiges Geschäft abschließen will wie das ihm für Rechnung des Kommittenten aufgetragene, er dies tun darf, selbst wenn infolge Abschließens des Geschäfts für eigene Rechnung das Abschließen auch des Geschäfts für fremde Rechnung scheitert (vgl. Bolze 3 Nr. 619).

b. **Vor und bei Abschluß des Kommissionsvertrags.**

1. Verschuldete Irreleitung des Kommittenten. Besteht zwischen dem Kommittent und dem Kommissionär ein Vertragsverhältnis über Raterteilung, so haftet der Kommissionär gemäß BGB. §§ 276, 278 für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Einem Vertragsverhältnis gleichgeachtet wird jedoch nach Verkehrssitte, wenn entweder eine dauernde Geschäftsverbindung besteht (RG. 19 100, 27 123) oder wenn, wie z. B. im Verhältnis des Bankiers zum Privatkunden, die Raterteilung so eng mit dem darauf gegründeten Abschluß des Kommissionsvertrags zusammenhängt, daß sie als vorweggenommene Nebenleistung des Kommissionärs aus dem in unmittelbarem Anschluß daran begründeten Kommissionsverhältnis anzusehen ist. Letzteres ist namentlich dann der Fall, wenn die Raterteilung mit Bezug auf den erwarteten Auftrag erfolgt (RG. 19 100, 42 131, RG. 27 II 03 JW. 152[7],

Bolze 9 Nr. 216, OLG. Hamburg 6 IV 91 ZHR. 40 525). Ferner greifen auch die allgemeinen Grundsätze (BGB. §§ 123, 138, 826) dahin ein, daß der Kommissionär nicht vor oder bei Abschluß des Kommissionsvertrags in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise den Kommittenten irreleiten darf (über die Folgen eines Verstoßes vgl. RG. 43 112; dagegen Staub § 387 Anm. 4). Insbesondere nicht durch Täuschung über die Bedingungen, unter denen eine Ausführung des zu übernehmenden Geschäfts möglich ist (RG. 43 112) oder über den Wert der den Gegenstand des Ausführungsgeschäfts bildenden Sache, z. B. über den Wert einzukaufender Wertpapiere (Bolze 9 Nr. 332). Nicht durch Mitteilung von erhaltenen Nachrichten als zuverlässiger, von denen der Kommissionär weiß oder wissen muß, daß sie kein Vertrauen verdienen (OLG. Hamburg 6 IV 91 ZHR. 40 525). Nicht durch Verschweigen der Tatsache, daß von anderer Seite dem Kommissionär für den betreffenden Umsatz eine Vergütung (z. B. Emissionsbonifikation) versprochen ist (RG. 10 XII 04 HoldheimsMSchr. 05 192). Denn ohne rechtliche Bedeutung ist, daß für die Täuschung die Form der Raterteilung gewählt ist (RG. 42 130). Aber selbst eine nur fahrlässige Empfehlung anzukaufender Wertpapiere kann eine Haftung des Kommissionärs begründen (RG. 26 V 00 JW. 567[8]).

2. Folgen wissentlich falscher Raterteilung des Kommissionärs. Strafbar ist nach BörsG. § 79 ein Kommissionär, der, um sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen des Kommittenten dadurch beschädigt, daß er hinsichtlich eines abzuschließenden Geschäfts wider besseres Wissen unrichtigen Rat oder unrichtige Auskunft erteilt. Kommt auf Grund dieses strafbaren Verhaltens des Kommissionärs ein Kommissionsvertrag zustande, so wird der Kommissionär ersatzpflichtig nach BGB. § 823 Abs. 2. Da die Ersatzpflicht in erster Reihe auf Herstellung des Zustands geht, der bestehen würde, wenn der unrichtige Rat nicht abgegeben wäre (BGB. § 249), so kann unter Umständen sich die Folgerung ergeben, daß der Kommittent den daraufhin erteilten Kommissionsauftrag als wirkungslos behandeln darf (Bolze 3 Nr. 622, RG. 10 XII 04 HoldheimsMSchr. 05 192).

3. Raterteilung bei Kauf. Die zu 1 erwähnten Grundsätze sind nicht nur dem Kommissionsgeschäft eigentümlich; vielmehr haftet auch bei Kauf von Wertpapieren durch Privatkunden bei einem Bankier dieser dafür, daß er bei einer mit Bezug auf das erwartete Kaufangebot erfolgten Raterteilung nicht fahrlässig verfährt (RG. 42 132). Die Raterteilung ist in solchem Fall eine unselbständige Nebenleistung des Verkäufers (RG. 31 V 05 JW. 503[35]). Daher verjährt ein etwaiger Ersatzanspruch wegen einer solchen falschen Raterteilung gleichzeitig mit den Ansprüchen aus dem Hauptgeschäft, nicht etwa gemäß BGB. § 638 (RG. 31 V 05 JW. 503[35]). Der Käufer ist beweispflichtig für etwaige Arglist des Verkäufers bei Raterteilung (RG. 31 V 05 JW. 502[35]).

4. Rat- oder Auskunftserteilung als selbständiger Inhalt eines Vertragsverhältnisses. Ob ein auf Rat- oder Auskunftserteilung gerichteter entgeltlicher Vertrag ein Dienst- oder Werkvertrag, ist bestritten (dahingestellt RG. 52 367, RG. 31 V 05 JW. 502[35]); nicht für alle derartigen Verträge wird eine einheitliche Entscheidung dieser Frage möglich sein. Ein auf unentgeltliche Auskunftserteilung gerichteter Vertrag ist Auftrag; so z. B. bei Auskunftserteilung durch die hierzu bestimmten Auskunftsstellen der Eisenbahn (Hertzer EisenbEntsch. 22 409). Wenn jemand, zu dessen Berufsgeschäften es gehört, anderen in Geschäften gewisser Art beratend zur Seite zu stehen, und der erfahren hat, daß ein anderer in einer solchen Angelegenheit einer zuverlässigen Auskunft bedarf, diesem dann (wenngleich auf Veranlassung eines Dritten) eine Auskunft über den erheblichen Punkt gibt, so schließt er dadurch mit dem Auskunftsempfänger stillschweigend einen Vertrag über Auskunftserteilung ab (RG. 52 366). Der Rechtsanwalt, der gegen Vergütung in Rechtssachen dem Anfragenden ein bestimmtes Verhalten oder Vorgehen als sein Recht anrät, hat für die rechtlichen Nachteile, die der von ihm Beratene durch Befolgung seines Rats erleidet, unter der Voraussetzung aufzukommen, daß der Rat nicht allein als fehlsam, sondern überdies als fahrlässigerweise erteilt sich erweist (RG. 5 I 05 JW. 138[16]).

b. Raterteilung ohne Zusammenhang mit einem Vertragsverhältnis. Hierüber bestimmt BGB. § 676:

„Wer einem Anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, ist, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatze des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet."

Vorsätzlich falsche Auskunft verpflichtet zum Ersatz des dem Auskunftsempfänger erwachsenen Schadens (BGB. § 826). Nicht aber auch zum Ersatz des einem Dritten entstandenen Schadens, außer falls der Auskunftgeber das Bewußtsein hatte, daß der Auskunftsempfänger auch Dritten Kenntnis von der erhaltenen Auskunft geben werde (RG. 4 XI 03 JW. Beil. 142[213]).

c. **Gleichzeitige Übernahme von Kommissionen entgegengesetzten Inhalts** ist an sich zulässig; nur dann liegt darin eine Verletzung der Pflicht, die Interessen des Kommittenten zu wahren, wenn bezüglich der näheren Bedingungen des abzuschließenden Ausführungsgeschäfts die Interessen der mehreren Kommittenten einander entgegenlaufen (vgl. ROH. 7 91).

III. **Befolgung der Weisungen des Kommittenten.**

a. **Weisung.** Hierunter ist eine Vorschrift zu verstehen, die der Kommittent dem Kommissionär für dessen Verhalten in Angelegenheiten des ihm erteilten Kommissionsvertrags zukommen läßt. Nicht wesentlich ist, daß sie einseitig erfolgt; sie kann vielmehr auch im ursprünglichen Kommissionsvertrag (vgl. RG. **53** 372) oder in einem nachträglichen Zusatzvertrag enthalten sein. Nicht durchaus wesentlich ist ferner, daß sie ausdrücklich erfolgt (vgl. z. B. bezüglich der Preisbegrenzung ROH. **19** 70, bezüglich der Ausführungszeit, RG. **53** 372). Dann ist aber zweifelhaft wie die Weisungswidrigkeit von sonstiger Vertragswidrigkeit abzugrenzen ist. Unter Weisung wird wohl nur eine Vorschrift zu verstehen sein, die entweder ausdrücklich gegeben ist oder — ausdrücklich oder stillschweigend gegeben — von der gesetzlichen Regel abweicht. Keine Weisungswidrigkeit liegt dann in einem Verhalten des Kommissionärs, das zwar einer vertragergänzenden oder zwingenden Vorschrift des Gesetzes (z. B. dem § 393 Abs. 1 oder dem § 395) entgegensteht, aber im Einzelfall nicht ausdrücklich dem Kommissionär seitens des Kommittenten untersagt worden ist. „Weisung" in §§ 384, 408 ist gleichbedeutend mit „Anweisung" in §§ 433ff. (§ 433 Anm. Ib), 437.

b. **Vertragliche** Weisung. Wird eine Weisung schon bei Abschluß des Kommissionsvertrags oder in einem Zusatzvertrag erteilt, so hat der Kommissionär bereits durch den Vertrag übernommen, das Geschäft so zu schließen, wie es dieser Weisung entspricht.

c. **Einseitige** Weisung. Diese kann entweder derart sein, daß sie eine Änderung des ursprünglichen Kommissionsvertrags enthält, oder derart, daß sie innerhalb der Grenzen des letzteren bleibt. Enthält die einseitige Weisung eine Abweichung von dem Inhalt des ursprünglichen Kommissionsvertrags, so liegt darin ein Widerruf des ursprünglichen Kommissionsvertrags, verbunden mit dem Angebot eines neuen. So z. B. bei nachträglichem einseitigen Verbot des Selbsteintritts (§ 400 Anm. Ic). Der Kommissionär steht dann vor der Wahl, ob er den neuen Kommissionsvertrag annehmen will oder nicht. Zeigt er durch sein Verhalten, daß er ihn annehmen will, so hat er fortan die neue Weisung zu befolgen, jedoch nicht kraft der hierauf nicht bezüglichen Bestimmung des § 384, sondern als vereinbarten neuen Vertragsinhalt.

d. **Der Fall des** § 384. Der § 384 behandelt nur den Fall, daß die Weisung entweder vertraglich vereinbart ist, oder zwar einseitig, aber innerhalb der Grenzen des ursprünglichen Kommissionsvertrags ergeht. Der Kommissionär ist in diesem Fall nicht befugt, gegen den Willen des Kommittenten für dessen Wohl zu sorgen (RG. **6** 53), vielmehr zur Befolgung der Weisung selbst dann verpflichtet, wenn er annehmen durfte, daß dem Kommittenten die Befolgung schädlicher sein werde als die Nichtbefolgung (ROH. 6 313), und auch wenn er durch Befolgung seinem eigenen Interesse zuwiderhandelt, z. B. sein Pfandrecht erlöschen macht (ROH. 6 314) oder Störung in seinem Geschäftsbetrieb verursacht (RG. 13 IV 01 JW. 408[30]). Ist es dem Kommissionär unmöglich, den Auftrag so auszuführen, wie es der Weisung entspricht, so ist er nicht berechtigt, ihn abweichend von der Weisung auszuführen,

sondern hat die Ausführung ganz zu unterlassen (Staub § 385 Anm. 3). **Auslegungsfrage** ist, ob im Einzelfall die Weisung als eine für den Kommissionär unabänderlich zu befolgende gemeint war oder nur als Richtschnur, von der nach dem Willen des Kommittenten der Kommissionär im Notfall nach eigenem Ermessen sollte abweichen dürfen. In letzterem Fall liegt bereits in der Weisung die Ermächtigung, unter Umständen von der angegebenen Richtschnur abzuweichen; auch ein solches Abweichen enthält dann ein Befolgen der Weisung (vgl. RG. **56** 151). Die dem Kommissionär erteilte Weisung, „bestmöglich" zu verkaufen, schließt nicht die Ermächtigung ein, die Ware in öffentlicher Versteigerung bestmöglich zu verkaufen, denn dies ist nicht der gewöhnliche Weg einer Verwertung von Waren (OLG. Hamburg 15 IV 89 ZHR. **38** 226). Die Weisung, nicht unter bestimmtem Preis zu verkaufen, bindet den Kommissionär dahin, daß er nicht zu geringerem Preis verkaufen darf; er bleibt jedoch verpflichtet, möglichst zu höherem Preis zu verkaufen und hat hierbei die erforderliche Sorgfalt anzuwenden (ROH. 12 187). Die Weisung, den erzielten Erlös für den Kommittenten „aufzuheben", bedeutet bei größeren Beträgen im Zweifel nicht, daß der Kommissionär das Geld in die Tasche oder in seinen Geldschrank stecken, sondern daß er es bei einer sicheren Bank als jederzeit abhebbares Guthaben einzahlen solle (vgl. RG. **56** 150).

e. **Ausnahme von der Befolgungspflicht.** Vgl. § 385 Anm. I.

IV. **Benachrichtigungen.** Über Besonderheiten bei Exportkommission vgl. § 383 Anm. VI e 4.

a. **Ausführungsanzeige.**

1. „Von der Ausführung der Kommission." Mitzuteilen ist hiernach, daß das Ausführungsgeschäft abgeschlossen (oben Anm. I b) ist. Keine Ausführungsanzeige ist die Mitteilung des Kommissionärs, daß er das Geschäft abschließen werde (ROH. 11 44). Will der Kommissionär das Ausführungsgeschäft durch Selbsteintritt abschließen, so muß er dies ausdrücklich bemerken; unterläßt er eine solche ausdrückliche Bemerkung, so gilt dies als Erklärung, daß die Ausführung durch Abschluß des Geschäfts mit einem Dritten für Rechnung des Kommittenten erfolgt sei (§ 405 Abs. 1). Ist hiernach das Ausführungsgeschäft nicht durch Selbsteintritt des Kommissionärs, sondern durch Abschluß des Geschäfts mit einem Dritten abgeschlossen, so hat der Kommissionär die Verpflichtung, dem Kommittenten diesen Dritten namhaft zu machen. Diese Verpflichtung bleibt bestehen auch dann, wenn der Kommissionär ihr nicht gleichzeitig mit der Ausführungsanzeige nachkommt (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. V 3; dagegen Breit 190 f.). In letzterem Fall tritt aber außerdem nach § 384 Abs. 3 die Wirkung ein, daß dann der Kommissionär dem Kommittenten für die Erfüllung des Geschäfts haftet. Die Verpflichtung zur Namhaftmachung des Dritten besteht auch, falls der Kommissionär gemäß § 394 für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen hat (vgl. Str. **40** 104).

2. „Unverzüglich Anzeige zu machen." Da der Kommissionär bei Erstattung der Anzeige nur mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu handeln braucht, so genügt es, wenn er die Anzeige mit dieser Sorgfalt absendet. Er ist daher frei von Haftung, wenn sie trotzdem bei dem Kommittenten nicht eingeht (Staub Anm. 12; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. III 1 d). Unverzüglich = ohne schuldhaftes Zögern (BGB. § 121). Genügende Ausführungsanzeige kann durch Erklärung in einer Klage erfolgen (Bolze 1 Nr. 950). Über die Frage, wann telegraphische Anzeige erforderlich, vgl. § 346 Anm. III c. Unaufgefordert ist die Anzeige zu erstatten (ROH. 18 318).

3. Folgen des Unterlassens unverzüglicher Ausführungsanzeige. Unterläßt der Kommissionär die unverzügliche Anzeige von der Ausführung des Auftrags, so wird er schadensersatzpflichtig (§ 347 Anm. III b, ROH. 11 43, Bolze 2 Nr. 912). Dagegen kann in der Regel wegen dieser Säumnis allein der Kommittent nicht das abgeschlossene Ausführungsgeschäft als für ihn nicht maßgebend zurückweisen (Str. **39** 319, Bolze 2 Nr. 910). Ging jedoch der Wille der Parteien dahin, daß erst durch die zu erstattende Ausführungsanzeige der Wille des Kommissionärs, für Rechnung des Kommittenten zu handeln, zur rechtsverbindlichen Erklärung kommen solle, so gilt nur das unverzüglich angezeigte Ausführungsgeschäft als für Rechnung des Kommittenten geschlossen (ROH. 18 317, vgl. 22 183). So insbesondere, wenn der Kommittent nicht eine

engumgrenzte Weisung erteilt hatte, sondern dem Kommissionär überlassen hatte, nach eigenem freien Ermessen zu entscheiden, ob ein Ausführungsgeschäft abgeschlossen werden solle oder nicht (RG. 14 124). — Über die Folgen einer Unterlassung der Namhaftmachung des Dritten bei Ausführungsanzeige vgl. unten Anm. VII.

4. Beweis des Zusammenhangs zwischen angezeigtem Geschäft und Kommissionsauftrag. Vgl. § 396 Anm. Ia 1 β.

b. **Sonstige Nachrichten.** Die Verpflichtung zur Erteilung der erforderlichen Nachrichten folgt außer aus § 384 Abs. 2 auch aus BGB. §§ 666, 675 (oben § 383 Anm. I). Besonders vorgeschrieben sind Benachrichtigungen bei Ablieferung des dem Kommissionär übersandten Guts in äußerlich erkennbar beschädigtem oder mangelhaftem Zustand (§ 388 Abs. 1), bei Verkauf des dem Verderb oder der Entwertung ausgesetzten Guts (§ 388 Abs. 2, § 373 Abs. 5) und bei Selbsthilfeverkauf mangels Verfügung des Kommittenten über das Kommissionsgut (§ 389). Im übrigen ist hierunter zu verstehen eine Benachrichtigung von allen Umständen, von denen der Kommissionär annehmen muß, daß sie für den Kommittenten erheblich sind für dessen weitere Entschließung bezüglich des Gegenstands des Kommissionsvertrags (ROH. 22 79). So z. B. eine Benachrichtigung von Verlust und drohender Entwertung des in Verwahrung des Kommissionärs befindlichen Kommissionsguts, in letzterem Fall selbst dann, wenn der Kommissionär nicht von seinem Verkaufsrecht Gebrauch machen will (vgl. § 417 Anm. Ib 2). Auch die Nummernbezeichnung des gekauften Wertpapiers ist hierher zu rechnen (AufbewahrungsG. § 3, vgl. RG. 5 6; abweichend Staub Anm. 10).

c. **Auskunfterteilung.** Die Ausführungsanzeige (oben zu a) und die sonstigen erforderlichen Nachrichten (oben zu b) sind zu geben, ohne daß der Kommittent den Kommissionär hierzu besonders auffordert (vgl. die Unterscheidung in BGB. § 666, ROH. 22 183). Daneben besteht auf Grund des BGB. §§ 666, 675 (HGB. § 383 Anm. I) die Verpflichtung des Kommissionärs, auf Verlangen Auskunft über den Stand des Geschäfts zu erteilen (zust. Düringer-Hachenburg Anm. III 1 b). Diese Verpflichtung des Kommissionärs bezieht sich auf die Zeit vor Abschluß des Ausführungsgeschäfts; für die spätere Zeit ist die Auskunfterteilungspflicht, soweit sie besteht, Bestandteil der Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung.

d. **Stückeverzeichnis.** Hierüber bestimmt AufbewahrungsG. §§ 3ff.

1. Übersendungspflichtiger ist derjenige Kommissionär, der nicht Minderkaufmann ist, und der einen Auftrag zum Einkauf von Aktien, Kuxen, Interimsscheinen, Erneuerungsscheinen, auf Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Schuldverschreibungen oder vertretbaren anderen Wertpapieren mit Ausnahme von Banknoten und Papiergeld, oder der einen Auftrag zum Umtausch von Wertpapieren solcher Art oder zur Geltendmachung eines Bezugsrechts auf solche Wertpapiere ausführt (AufbewahrgsG. §§ 3, 5, 13).
2. Die Frist beträgt bei der Einkaufskommission drei Tage und beginnt, falls der Kommissionär bei der Anzeige über die Ausführung des Auftrags einen Dritten als Verkäufer namhaft gemacht hat, mit dem Erwerb der Stücke, andernfalls (also auch bei Selbsteintritt; unten Anm. VII) mit dem Ablauf des Zeitraums, innerhalb dessen der Kommissionär nach der Erstattung der Ausführungsanzeige die Stücke bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang ohne schuldhafte Verzögerung beziehen konnte (AufbewahrgsG. § 3). Bei der Umtausch- und Bezugskommission beträgt die Frist zwei Wochen seit Empfang der neuen Stücke (AufbewahrgsG. § 5). Unter „Erwerb" der Stücke ist Eigentumserwerb des Kommissionärs verstanden, selbst wenn damit nicht auch Erwerb unmittelbaren Besitzes verbunden ist (Lehmann § 384 Nr. 33, Düringer-Hachenburg Anm. III 2aa). Dagegen wird „Empfang" als Besitzerwerb des Kommissionärs auszulegen sein.
3. Inhalt des Stückeverzeichnisses. Anzugeben sind Gattung, Nennwert und Nummern oder sonstige Unterscheidungsmerkmale der eingekauften oder eingetauschten Stücke (AufbewahrungsG. §§ 3, 5). Die Unterschrift des Kommissionärs ist nicht wesentliches Erfordernis, damit das Stückeverzeichnis die mit einem solchen nach dem Aufbewahrungsgesetz verbundenen Wirkungen übt (Staub § 383 Anm. 29, Düringer-Hachenburg Anm. III 2 cc); jedoch wird der Kommittent für berechtigt zu erachten sein, die Nachholung einer etwa

mangelnden Unterschrift zu fordern, da er ein Interesse hat, außer Zweifel zu stellen, wer Absender ist.

4. Keine Verpflichtung zur Erteilung eines Stückeverzeichnisses besteht in folgenden Fällen:

α. Auslieferung an Kommittenten oder auftragsgemäße Wiederveräußerung. Bei der Einkaufskommission hebt jedes von beiden die Pflicht zur Erteilung des Stückeverzeichnisses auf, wenn Auslieferung oder auftragsgemäße Wiederveräußerung vor tatsächlicher Erteilung des Stückeverzeichnisses (wenngleich nach Ablauf der Frist für diese Erteilung) geschieht (AufbewahrgsG. § 3 Abs. 3). Bei der Umtausch- und Bezugskommission entbindet nach dem Wortlaut des AufbewahrgsG. § 5 nur die Auslieferung von jener Pflicht, und nur, wenn sie innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 5 erfolgt. — Der Auslieferung an den Kommittenten steht gleich die Auslieferung an einen Dritten gemäß Auftrag des Kommittenten (Lehmann Nr. 34).

β. Verzicht auf Erteilung des Stückeverzeichnisses ist nicht ausgeschlossen bei der Umtausch- und Bezugskommission; er kann auch mündlich und stillschweigend erklärt werden (ebenso Staub Anm. 46; dagegen Neukamp in HoldheimsMSchr. 98 139). Bei der Einkaufskommission ist Verzicht unbedingt zulässig, wenn der Kommittent gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte (§ 1 Anm. XII) betreibt; anderenfalls nur dann, wenn der Verzicht bezüglich des einzelnen Auftrags ausdrücklich und schriftlich erklärt wird. In einem Verzicht auf das Stückeverzeichnis liegt nicht notwendig ein Verzicht auf Eigentumsübertragung (Lehmann Nr. 36, Düringer-Hachenburg Anm. III 2 bb), doch ist letzterer im Zweifel als stillschweigend miterklärt anzusehen (Staub Anm. 45 gegen Neukamp in HoldheimsMSchr. 98 138). Zu beachten aber ist, daß stillschweigende Erklärung des letzteren Verzichts nicht immer zu seiner Wirksamkeit ausreicht (nachstehend zu γ).

γ. Ermächtigung zur Ersetzung oder Verwendung in eigenem Nutzen. Wird der Kommissionär von demjenigen, für den er nach Einkauf, Eintausch oder Bezug besitzen soll, ermächtigt, an Stelle der eingekauften, eingetauschten oder bezogenen Wertpapiere gleichartige zurückzugewähren oder über die Papiere zu eigenem Nutzen zu verfügen, so besteht keine Verpflichtung zur Erteilung eines Stückeverzeichnisses (AufbewahrgsG. §§ 3, 5: „der im § 1 bezeichneten Art" in Verbindung mit § 2 Abs. 2). Diese Ermächtigung ist, wenn der sie Erteilende nicht gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, nur gültig, soweit sie für das einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich abgegeben wird (AufbewahrgsG. § 2 Abs. 1; vgl. auch BGB. § 700 Abs. 2).

δ. Leistungssäumnis des Kommittenten befreit nach näherer Maßgabe des BGB. §§ 320 ff. von der Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums am eingekauften, eingetauschten oder bezogenen Kommissionsgut, mithin auch von der Verpflichtung zur Übersendung des Stückeverzeichnisses (dagegen Lehmann Nr. 37, Staub Anm. 45).

5. Folge der Erteilung des Stückeverzeichnisses. Entspricht das übersandte Stückeverzeichnis der Wahrheit, so tritt die in AufbewahrgsG. § 7 Abs. 1 bestimmte Folge ein, daß spätestens mit Absendung das Eigentum an den Stücken auf den Kommittenten übergeht. Näheres § 383 Anm. XI g 4. Dagegen braucht der Kommittent das Geschäft nicht als für seine Rechnung geschlossen gelten zu lassen, wenn ihm der Kommissionär, der nicht selbst eingetreten war, innerhalb der vorgeschriebenen Frist ein Verzeichnis solcher seiner Verfügungsberechtigung unterliegenden Stücke, wie er sie einzukaufen beauftragt war, die er aber in Wahrheit nicht in Ausführung der Kommission für den Kommittenten erworben hatte, übersendet (RG. 53 370).

6. Folgen der Nichterteilung des Stückeverzeichnisses in den Fällen, in denen eine Verpflichtung zur Erteilung bestand.

α. Bei der Einkaufskommission. Solange zwar Säumnis, aber kein Verzug des Kommissionärs vorliegt, hat der Kommittent nur das Recht, Erfüllung (d. h. Erteilung des Stückeverzeichnisses) zu verlangen und gemäß BGB. §§ 320 ff. die eigene Leistung zurückzuhalten. Liegt Verzug (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I—IV) vor, so bleiben

dieselben Rechte bestehen, und hinzu tritt ohne weiteres das Recht, Schadensersatz wegen Verspätung der Erfüllung zu fordern (BGB. § 286 Abs. 1, Vorbem. zu HGB. §§ 375, 376 Anm. VI b). Der Kommittent hat aber außerdem das Recht, nach Eintritt des Verzugs den Kommissionär zur Nachholung des Versäumten aufzufordern und, falls der Kommissionär dieser Aufforderung nicht binnen drei Tagen (BGB. § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 1, § 193) nachkommt, das Geschäft als nicht für seine Rechnung abgeschlossen zurückzuweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen (AufbewahrgsG. § 4 Abs. 1). Das letzere Recht erlischt nicht dadurch, daß nach Ablauf der vorstehend erwähnten dreitägigen Nachholungsfrist der Kommissionär dem Kommittenten das Stückeverzeichnis einsendet, bevor dieser erklärt hat, daß er von dem Recht, unter Zurückweisung des Geschäfts Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, Gebrauch machen wolle (RG. 48 9). Die Aufforderung des Kommittenten verliert aber ihre Wirkung, wenn der Kommittent nicht binnen drei Tagen (BGB. § 187 Abs. 2, § 188 Abs. 1, § 193) nach dem Ablauf der Nachholungsfrist dem Kommissionär jene Erklärung abgibt (AufbewahrgsG. § 4 Abs. 2). Abweichend von BGB. § 326 erlischt das Recht, die Übersendung des Stückeverzeichnisses zu fordern, nicht mit dem fruchtlosen Ablauf der gestellten Nachholungsfrist, besteht vielmehr fort, bis wirksam erklärt wird, daß unter Zurückweisung des Geschäfts Nichterfüllungs-Schadensersatz gefordert werde. Das erstere Recht besteht daher auch dann fort, wenn das letztere durch Nichtausübung binnen der zweiten dreitägigen Frist wieder erloschen ist. Da die erste Aufforderung dann „ihre Wirkung verloren" hat, kann jederzeit, solange der Verzug des Kommissionärs andauert, von neuem eine Aufforderung gestellt werden mit der Wirkung, daß die Fristen von neuem laufen. Solange nicht aufgefordert wird, beginnt kein Fristlauf (RG. 9 VII 04 JW. 496[26]).

β. Bei der Umtausch- und Bezugskommission. Der Kommissionär, der seiner Verpflichtung zur Übersendung des Stückeverzeichnisses nicht nachkommt, verliert das Recht, für die Ausführung des Auftrags Provision zu fordern (AufbewahrgsG. § 6). Diese Folge tritt auch ein, wenn kein Verzug vorliegt. Liegt Verzug vor, so werden außerdem die Vorschriften des BGB. § 326 über Teilverzug (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XIII) anzuwenden sein (dagegen Lehmann Nr. 37).

V. **Rechenschaftsablegung.** Über die Besonderheiten bei Exportkommission vgl. § 383 Anm. VI e 4.

a. **Das BGB.** § 259 bestimmt:

„Wer verpflichtet ist, über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen, hat dem Berechtigten eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltende Rechnung mitzuteilen und, soweit Belege erteilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen.

Besteht Grund zu der Annahme, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind, so hat der Verpflichtete auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei.

In Angelegenheiten von geringerer Bedeutung besteht eine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids nicht."

b. **Voraussetzung** der Rechenschaftpflicht ist nicht, daß der Kommissionär zur Rechenschaftablegung noch besonders aufgefordert wird (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. III 2; dagegen Staub Anm. 17). Die einzelnen Verpflichtungen des Kommissionärs sind im § 384 ohne eine Unterscheidung dahin, daß einzelne derselben nur auf besonderes Erfordern zu erfüllen seien, nebeneinander gestellt. Ebenso ist BGB. § 666 (675) dahin zu verstehen, daß der Beauftragte nach Ausführung des Auftrags Rechenschaftablegung auch ohne besonderes vorheriges Verlangen zu bewirken hat. Der Inhalt dieser ohne besonderes Erfordern zu erfüllenden Rechenschaftpflicht geht allerdings nach Handelsgebrauch dahin, daß sie sich in der Regel in Übersendung einer Abrechnung erschöpft, und daß Belege, eingehendere Auskünfte und (vgl.

§ 400 Anm. III b) der Nachweis der Richtigkeit des in die Rechnung eingesetzten Börsen- oder Marktpreises nur auf besonderes Erfordern erteilt zu werden brauchen. — Die Verpflichtung zur Rechenschaftablegung besteht auch dann, wenn der Kommissionär „für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten“ (§ 394) oder „für die Erfüllung des Geschäfts“ (§ 384 Abs. 3) einzustehen hat (Str. 12 224, OTr. 20 163). Der § 384 Abs. 2 behandelt nur die Verpflichtung des Kommissionärs, „über das Geschäft“, also über das Ausführungsgeschäft, Rechenschaft abzulegen. Die in § 384 Abs. 2 behandelte Rechenschaftablegungspflicht kann daher nicht in Frage kommen, wenn ein Ausführungsgeschäft überhaupt nicht abgeschlossen worden ist. Für letzteren Fall besteht nur die Verpflichtung zur Erteilung der erforderlichen Nachrichten (oben Anm. IV b) und zu der auf Verlangen zu bewirkenden Auskunfterteilung (oben Anm. IV c).

c. **Inhalt** der Rechenschaftpflicht. Vgl. § 114 Anm. VI b.

1. Allgemeines. Die geschuldete Ablegung der Rechenschaft besteht nach BGB. § 259 in Vorlegung einer die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltenden Rechnung und ferner in der Vorlegung von Belegen, soweit solche erteilt zu werden pflegen. Endlich gehört zur Rechenschaftpflicht auch die Verpflichtung, über einzelne Punkte, die nach Inhalt der gelegten Rechnung oder der beigebrachten Belege zweifelhaft bleiben auf Erfordern Auskunft zu erteilen und die einzelnen Ansätze als richtig und angemessen zu rechtfertigen (OTr. 20 163, ROH. 10 190). Über den Umfang der Verpflichtung zum Nachweis des Zusammenhangs zwischen Kommissionsauftrag und angezeigtem Abschluß vgl. § 396 Anm. I. Ist die Kommission zum Einkauf oder Verkauf von Waren mit Börsen- oder Marktpreis oder von Wertpapieren mit amtlich festgestelltem Börsen- oder Marktpreis durch Selbsteintritt des Kommissionärs ausgeführt, so beschränkt sich die Pflicht des Kommissionärs, Rechenschaft über die Abschließung des Kaufs oder Verkaufs abzulegen, auf den Nachweis, daß bei dem berechneten Preis der zur Zeit der Ausführung der Kommission bestehende Börsen- oder Marktpreis eingehalten ist (§ 400 Abs. 2). Besteht außerhalb eines Laufrechnungsverhältnisses eine dauernde Geschäftsverbindung zwischen Kommittent und Kommissionär, so ist ersterer berechtigt, seine Ansprüche aus einer einzelnen Kommission geltend zu machen, ohne daß er eine Rechnung über die ganze Dauer der Geschäftsverbindung aufzustellen braucht (§ 355 Anm. IX b 1, ROH. 7 379). Der Anspruch auf Rechenschaftablegung ist ein Recht, keine Pflicht des Kommittenten. Der Kommittent ist nicht verbunden, seinerseits die Provisionsrechnung aufzustellen, bevor der Kommissionär seiner Rechenschaftpflicht genügt hat (§ 396 Anm. VI). Der Kommissionär erhält aber dadurch, daß er noch nicht Rechenschaft abgelegt hat, keinen verzögerlichen Einwand gegenüber der Klage des Kommittenten auf Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten (Str. 67 168, ROH. 5 230, 7 379, 12 367). Der Kommittent kann seinerseits diejenige Rechnung aufstellen, die der Kommissionär aufzustellen verpflichtet ist, und so das Herauszugebende berechnen (ROH. 13 41), und zwar noch nach Leistung des in BGB. § 259 Abs. 2 erwähnten Offenbarungseids durch den Kommissionär (RG. 56 47).

2. Die Rechnung muß so aufgestellt sein, daß aus ihr ersichtlich ist, was, wofür, wann, von wem bezw. an wen eingenommen bezw. ausgegeben ist (ROH. 7 92). Der Kommittent darf sich darauf beschränken, Rechnunglegung nur über die Einnahme des Kommissionärs zu fordern (ROH. 13 40). Die Rechnunglegung darf nicht aus dem Grund verzögert werden, weil die Belege noch nicht beigebracht werden können (RG. 56 118).

3. Die Belege brauchen nach BGB. § 259 nur vorgelegt, nicht ausgehändigt zu werden. Unter Beleg sind nur diejenigen Urkunden zu verstehen, deren Inhalt sich wesentlich nur auf die abzulegende Rechnung bezieht, nicht aber auch solche Schriftstücke (wie etwa die Bücher des Kommissionärs; vgl. § 392 Anm. III b 3), die in der Hauptsache einen anderen Inhalt haben und nur nebenbei in Beziehung zu der abzulegenden Rechnung stehen (ROH. 2 128). Belege sind hiernach z. B. etwaige Schlußscheine über das fragliche Ausführungsgeschäft (ROH. 22 4) und bei der Einkaufskommission die Rechnungen des Verkäufers. Nach BGB. § 259 geht die Verpflichtung der Vorlegung von Belegen nur so weit, wie Belege „erteilt zu werden pflegen“. Maßgebend ist die Verkehrssitte (RG 18 IX 02 JW.

Beilage 275 [217]). Nach Verkehrssitte sind bei der Einkaufskommission die Urrechnungen des Verkäufers nur dann vorzulegen, wenn der Kommittent dies besonders verlangt (OLG. Hamburg 27 I 88 ZHR. 38 227).

d. **Erledigung** der Rechenschaftpflicht. Ist das Geschäft zwischen Kommittent und Kommissionär bereits gänzlich abgewickelt, so kann in der Regel nicht mehr nachträglich Rechenschaftlegung verlangt werden. So z. B. nicht, wenn die auf dem Kommissionsvertrag beruhenden Ansprüche und Leistungen in eine Laufrechnung aufgenommen sind, und bezüglich der Laufrechnung die Überschußfeststellung (§ 355 Anm. III g 2) stattgefunden hat (Str. 40 105, RG. 21 82). Auch nicht, wenn die gelegte Rechnung ohne Vorbehalt genehmigt worden ist (Bolze 1 Nr. 949, RG. 23 I 97 JW. 138 [25]) oder wenn im Einzelfall in dem langdauernden Stillschweigen auf die erfolgte Rechnungablegung ein Anerkenntnis, daß letztere genügend (ROH. 4 351, 10 191) oder ein Verzicht auf noch eingehendere Rechnunglegung (Bolze 8 Nr. 435) gefunden werden muß. Dennoch kann der Kommittent, wenn er nachträglich, sei es mit dem Dritten, sei es mit dem Kommissionär in Streit über das fragliche Geschäft kommt, trotz erfolgter Anerkennung noch Vorlegung derjenigen Belege fordern, die entweder tatsächlich noch im Besitz des Kommissionärs sich befinden oder doch bei ordnungsmäßiger Geschäftsführung, selbst unter Berücksichtigung der erfolgten Abwickelung, von letzterem noch hätten aufbewahrt werden müssen (RG. 21 82). Auch steht dem Anspruch auf Rechnunglegung nicht der Umstand entgegen, daß der Kommissionär bereits eine, aber falsche Auskunft erteilt hat (Bolze 2 Nr. 913). Keine Genehmigung der Preise liegt in widerspruchsloser Entgegennahme der sie enthaltenden Rechnung, außer wenn langandauerndes Stillschweigen hinzukommt.

VI. **Herausgabepflicht.** Über Besonderheiten der Exportkommission vgl. § 383 Anm. VI e 4.

a. **Herausgabe.** In der Verpflichtung zur Herausgabe liegt im Zweifel die Verpflichtung, bis zur Herausgabe den Gegenstand für den Kommittenten in Verwahrung zu behalten (RG. 53 369). — Die Herausgabepflicht besteht nicht, soweit dem Kommissionär ein Pfandrecht, (§ 397), ein Vorwegbefriedigungsrecht (§ 398 f.) oder ein Zurückbehaltungsrecht (§§ 369 ff. BGB. §§ 273, 320) zusteht (P. 687). — Über Unmöglichkeit der Herausgabe vgl. unten zu f.

b. **Gegenstand** der Herausgabe.

1. Allgemeines. — Nach § 384 Abs. 2 ist herauszugeben, was der Kommissionär „aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat". Das BGB. § 667 (BGB. § 675, HGB. § 383 Anm. I) fügt auch dasjenige hinzu „was er zur Ausführung des Auftrags erhält"; letzteres selbstverständlich nur, soweit es nicht in Ausführung des Kommissionsvertrags verbraucht oder an Dritte herausgegeben ist. Die Herausgabepflicht besteht z. B. auch bezüglich der Ware, die vom Verkaufskommissionär zwar verkauft, aber an ihn infolge Annahmeweigerung oder Rücktritt des Käufers zurückgelangt ist (ROH. 16 136).

2. Körperliche Gegenstände und Rechte. Das Herauszugebende kann in körperlichen Gegenständen oder in Rechten bestehen. An ersteren ist dem Kommittenten, falls der Kommissionär Eigentümer geworden, Besitz und Eigentum, falls der Kommissionär nur ein zum Besitz der Sache berechtigendes belastendes Recht erlangt hat, der Besitz und dieses belastende Recht zu übertragen; sonstige seitens des Kommissionärs erworbene Rechte sind in der dem betreffenden Recht eigentümlichen Form zu übertragen, in der Regel durch gewöhnliche Abtretung (§ 391 Satz 2), unter Umständen durch Indossament (§ 395). — Der Kommittent hat im Zweifel Anspruch auf Herausgabe des für ihn gekauften Stücks, nicht etwa nur eines Stücks gleicher Gattung; daß die Parteien nur letzteres gewollt haben, hat der Kommissionär zu beweisen (RG. 5 4, 53 370). Anders unter Umständen, wenn der Kommissionär für Rechnung des Kommittenten in gutem Glauben in bezug auf die eigene Verfügungsberechtigung später über das gekaufte Stück verfügt hat, selbst wenn der Kommittent aus besonderem Grund, z. B. wegen Verletzung der Formvorschriften oder wegen Verfügung zu unrichtiger Zeit, diese weitere Verfügung im Einzelfall nicht gegen sich gelten zu lassen braucht (RG. 18 IX 86 ZHR. 36 266).

3. Urkunden. Auch die zwecks oder anläßlich der Kommissionsausführung in den Besitz des Kommissionärs gelangten Verfügungspapiere sind dem Kommittenten herauszugeben (ROH. 15 264). Die so in den Besitz des Kommissionärs gelangten Beweisurkunden nur,

soweit dies erforderlich ist zur Erfüllung der Pflicht des Kommissionärs, dem Kommittenten die durch das Ausführungsgeschäft erlangten Vorteile zu verschaffen (Düringer-Hachenburg Anm. III 3b; vgl. oben Anm. Vc 3; dagegen setzt ROH. 15 264 unbedingte Herausgabepflicht voraus).

4. Nutzungen, Früchte, Nebenrechte, Zinsen. Mit der Hauptsache sind auch die vom Kommissionär gezogenen Nutzungen und Früchte herauszugeben, da das ganze Geschäft für Rechnung des Kommittenten geht; bei dem Verkaufskommissionär, der die ihm übergebene Sache nicht verkauft und sie zurückzugeben hat, kommen, da der Kommittent Eigentümer geblieben (§ 383 Anm. XIh), die weitergehenden Vorschriften des BGB. §§ 987ff. zur Anwendung. Abzutreten sind auch die vom Kommissionär etwa erworbenen Nebenrechte, z. B. die Ansprüche gegen die Versicherungsgesellschaft aus der durch den Kommissionär bewirkten Versicherung des Kommissionsguts (ROH. 2 266) oder gegen Speditör oder Frachtführer aus Verlust oder Beschädigung bei der Beförderung. — Verwendet der Kommissionär Geld für sich, das er dem Kommittenten herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen (BGB. §§ 668, 675, HGB. § 383 Anm. I, D. 232). Aber auch, wenn er es nicht für sich verwendet, hat er seit Fälligkeit des Herausgabeanspruchs Zinsen zu entrichten, falls der Kommittent Kaufmann ist (§ 353, § 383 Anm. VIb).

c. Ort der Herausgabe. Über die Frage welches der Erfüllungsort für die Herausgabepflicht des Kommissionärs ist, vgl. § 383 Anm. XIe. Von dieser Frage ist die andere zu unterscheiden, ob im Einzelfall der Kommissionär im Verhältnis zum Kommittenten auch die Abwickelung des Ausführungsgeschäfts in gewissem Umfang oder ganz übernommen hat (oben Anm. Ib). Von der Beantwortung der letzteren Frage hängt ab, ob der Kommissionär verpflichtet ist, die Übermittlung des herauszugebenden Gegenstands vom Erfüllungsort zum Wohnsitz bzw. Niederlassungsort des Kommittenten bzw. zu einem anderen vertraglich vereinbarten Ort zu besorgen. Da aber auch die Abwickelungshandlungen ebenso wie das ganze Ausführungsgeschäft nur für Rechnung des Kommittenten vorzunehmen sind, so trägt, selbst wenn der Kommissionär die Versendung zu besorgen verpflichtet ist, doch der Kommittent Gefahr und Kosten dieser Versendung (Str. 78 178, ROH. 1 84, RG. 20 113, vgl. RG. 2 118, 23 103), und der Kommissionär haftet nur dafür, daß er bei Bewirkung der Versendung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vorgeht (oben Anm. Ic). Der übliche Weg der Übermittlung von Geld aus überseeischen Plätzen nach Europa ist der Ankauf eines Wechsels auf ein gutes europäisches Haus; der Kommissionär genügt seiner Pflicht, wenn er den so angekauften Wechsel dem Kommittenten weitergibt, auch wenn der Bezogene ihn demnächst nicht einlöst (RG. 20 113).

d. Zeit der Herausgabe. Was der Kommissionär vom Dritten auf Grund des Ausführungsgeschäfts zu beanspruchen hat, braucht er herauszugeben erst, nachdem er es vom Dritten tatsächlich erlangt hat. So braucht der Verkaufskommissionär Zahlung an den Kommittenten nicht früher zu leisten, als die Zahlung des dritten Käufers bei dem Kommissionär eingegangen ist (RG. 5 87). Was der Kommissionär zur Ausführung der Kommission erhält, hat er, soweit es nicht der Bestimmung gemäß verwendet ist, wieder herauszugeben, (oben Anm. VIb 1), sobald feststeht, daß die Ausführung der Kommission unmöglich ist, oder sobald der Kommissionsvertrag anderweit endet. — Die Fälligkeit der Herausgabeleistung ist unabhängig davon, ob schon Rechenschaftablegung stattgefunden hat (oben Anm. Vc 1). Hat der Kommissionär ein Pfand am herauszugebenden Gegenstand, so kann nur Herausgabe Zug um Zug gegen Tilgung der durch das Pfand gedeckten Forderung beansprucht werden (BGB. § 1223 Abs. 2, ROH. 5 287; ob auch BGB. § 322 anwendbar, vgl. HGB. § 383 Anm.. XIf 3, für Anwendbarkeit Lehmann Nr. 26).

e. **Beweispflicht.** Der Kommittent, der die Herausgabe eines Gegenstands fordert, braucht bei der Einkaufskommission nur zu beweisen, daß ein Kommissionsvertrag über Erwerb jenes einzelnen Gegenstands zustande gekommen ist und daß der Kommissionär diesen Gegenstand erworben hat; Sache des Kommissionärs ist es, einredeweise darzutun, daß der Erwerb nicht in Ausführung des Kommissionsvertrags erfolgt sei (ROH. 15 264). Auch bei einer Kom-

mission zum Gattungskauf kann sich aus den Umständen, insbesondere aus der Zeitfolge, die Vermutung für die Zusammengehörigkeit ergeben, und auch in diesem Fall wird dem Kommissionär der Beweis für die von ihm etwa behauptete Nichtzusammengehörigkeit aufzuerlegen sein (vgl. § 401 Anm. III e, Staub Anm. 27, Lehmann Nr. 25). Vgl. auch § 396 Anm. Ia 1 β.

f. **Folgen der Nichtherausgabe.** Die allgemeinen Bestimmungen über eintretende Leistungsunmöglichkeit oder Leistungssäumnis bei gegenseitigen Verträgen finden Anwendung. — Bei Unmöglichkeit der Herausgabe treten mithin verschiedene Folgen ein, je nachdem, welche von beiden Parteien die Unmöglichkeit zu vertreten hat (BGB. §§ 323 ff.). Wird die Herausgabe durch einen Umstand, den der Kommissionär zu vertreten hat, unmöglich, so verliert er den Anspruch auf Provision und Auslagenersatz und ist verpflichtet, das ihm zwecks Ausführung des Kommissionsauftrags Gezahlte zurückzuzahlen (RG. 53 371). — Bei Säumnis mit möglicher Herausgabe hat der Kommittent den Anspruch auf Herausgabe und Rückhaltung der eigenen Leistung. Bei Verzug des Kommissionärs hat er außerdem den Anspruch auf Schadensersatz wegen Verspätung der Herausgabe des Guts und die Rechte aus BGB. § 326 (§ 383 Anm. XI f). — Fordert der Kommittent Schadensersatz wegen Verzug bei Herausgabe von Wertpapieren, so ist er, da er die Berechnung nach Marktlage wählen darf (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VI b 2), berechtigt, den Börsenpreis bei Verzugsbeginn abzüglich des Börsenpreises bei Herausgabe zu fordern. Bei Berechnung des Verspätungsschadens (im Gegensatz zur Berechnung des Nichterfüllungsschadens, Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VII d 2) ist jedoch — da hier, abweichend vom Nichterfüllungsschaden, die Höhe nicht bereits bei Verzugsbeginn endgültig feststeht, sondern für die Zeit der verspäteten Erfüllung zu berechnen ist — die Einrede zuzulassen, daß der Kommittent die Wertpapiere nicht sofort nach Verzugsbeginn veräußert hätte, mithin (BGB. § 249 Satz 1) der Vermögensschaden auch bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Herausgabeverzug nicht eingetreten wäre. Es erscheint nicht angängig, umgekehrt dem Kommittenten den Beweis dafür aufzubürden, daß sein Schaden ebenso hoch gewesen sei wie der aus dem Unterschied der Börsenpreise abzuleitende, also auch z. B. dafür, daß er die verspätet herausgegebenen Wertpapiere im Fall früherer Herausgabe alsbald verkauft hätte (dagegen Staub Anm. 30, ROH. 11 17 und, wenngleich die Beweislast mildernd, ROH. 9 141); die gegenteilige Ansicht würde darauf hinauskommen, bei Verspätungsschaden nur Berechnung nach Abwickelung, nicht nach Marktlage für zulässig zu erklären.

VII. **Unterlassung der Namhaftmachung des Dritten bei Ausführungsanzeige (§ 384 Abs. 3).** Der § 384 Abs. 3 ist aus BörsG. § 74 Abs. 3 übernommen (D. 241). Die Unterlassung der Namhaftmachung hat außer den nach § 384 Abs. 3 eintretenden Folgen auch nach AufbewahrungsG. § 3 eine weitere Wirkung, nämlich daß die Frist für Übersendung des Stückeverzeichnisses eine andere ist. Wie auch in der Verschiedenheit der Fassung zum Ausdruck gekommen (§ 384 Abs. 3: „den Dritten", AufbewahrungsG. § 3: „einen Dritten"), umfaßt aber AufbewahrungsG. § 3 — abweichend von HGB. § 384 Abs. 3 — auch den Fall des Selbsteintritts (ebenso Staub Anm. 43).

a. **Voraussetzungen** des Abs. 3.

1. Erstattung einer Ausführungsanzeige. Der § 384 Abs. 3 setzt voraus, daß der Kommissionär eine Ausführungsanzeige wirklich erstattet. Er findet daher keine Anwendung, wenn der Kommissionär zwar zu einer Ausführungsanzeige verpflichtet war (oben Anm. IV a 1, 2), aber dieser Verpflichtung entweder gar nicht oder nur verspätet nachgekommen ist (ebenso Lehmann Nr. 41, Staub Anm. 32); in letzteren Fällen treten vielmehr andere Folgen ein (oben Anm. IV a 3). Andererseits ist § 384 Abs. 3 auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn Ausführungsanzeige erstattet ist trotz Nichtausführung (ebenso Staub Anm. 32); anders nur, wenn die Erstattung der Ausführungsanzeige auf einem Willensmangel beruht und angefochten wird (RG. 6 54 Anm.; ebenso Staub Anm. 34, 35). Kein die Ausführungsanzeige entkräftender Irrtum liegt vor, wenn der Kommissionär die Ausführungsanzeige erstatten wollte, aber in der Annahme, daß er ein Ausführungsgeschäft mit einem Dritten geschlossen habe, irrte (Staub Anm. 33).

2. Kein Selbsteintritt. Namhaftmachung eines Dritten kann nicht in Frage kommen, wenn der Kommissionär vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht. Tritt daher der Kommissionär selbst ein, so haftet er nicht aus § 384 Abs. 3; er haftet dann aber aus dem Selbsteintritt. Kein Gebrauchmachen vom Selbsteintritt liegt — außer bei gegenteiliger Parteiabrede innerhalb der durch § 405 Abs. 2 zugelassenen Grenzen — in der Zusendung einer Ausführungsanzeige, in der offen gelassen ist, ob durch Selbsteintritt oder durch Abschluß mit Dritten ausgeführt ist. Vielmehr ist, wenn eine derartige Ausführungsanzeige abgesandt ist, Selbsteintritt durch einseitige Erklärung des Kommissionärs fortan nicht mehr zulässig (§ 405 Abs. 1). Über die Frage, ob Selbsteintritt bereits vor Absendung der Ausführungsanzeige aber nach Abschluß des Ausführungsgeschäfts mit einem Dritten nicht mehr zulässig ist, vgl. § 400 Anm. Id.

3. Unterlassung der Namhaftmachung des Dritten zugleich mit Ausführungsanzeige.

α. Unterlassung. Der Kommittent, der sich auf § 384 Abs. 3 beruft, hat die Unterlassung zu beweisen. Eine Unterlassung der Namhaftmachung liegt nur vor, wenn keine die Namhaftmachung enthaltende Mitteilung abgesendet ist. Für die Beweispflicht ist aber zu gunsten des Kommittenten davon auszugehen, daß eine abgesendete Mitteilung auch angekommen wäre, und es ist nur dem Kommissionär der Gegenbeweis offen zu lassen, daß die Mitteilung trotz Nichtankunft abgesendet worden ist. — Der Kommissionär ist verpflichtet zur Namhaftmachung (oben Anm. IV a 1). Erlaß der Namhaftmachung ist an sich zulässig (Lehmann Nr. 40); nicht jedoch, falls die inhalts der Vereinbarung an die Nichtnamhaftmachung geknüpften Folgerungen derart sind, daß die Abmachung eine Umgehung der zwingenden Vorschriften der §§ 400 Abs. 2—5, 401 enthalten würde. Kein Erlaß liegt (ADH. Art. 376 Abs. 3 verglichen mit Abs. 1, 2) darin allein, daß der Kommittent erklärt, ihm sei die Person des Dritten gleichgültig, oder dem Kommissionär solle Selbsteintritt gestattet sein (Lehmann Nr. 40).

β. Namhaftmachung des Dritten. Namhaft zu machen ist derjenige Dritte, mit dem das Ausführungsgeschäft abgeschlossen ist. Keine genügende Namhaftmachung liegt daher nicht nur dann vor, wenn entweder Anzeige erstattet ist, daß mit „einem Dritten" abgeschlossen ist, oder lediglich Anzeige (§ 405 Abs. 1), daß „abgeschlossen ist", sondern auch dann, wenn in der Anzeige zwar ein bestimmter Dritter, aber nicht der richtige, namhaft gemacht ist (Staub Anm. 32, Lehmann Nr. 43). Die Namhaftmachung muß eine so deutliche sein, daß der Kommittent unterscheiden kann, mit welchem einzelnen Vertragsgegner der Kommissionär abgeschlossen hat, denn (P. 1214, ROH. 23 103) die Namhaftmachung soll den Kommittenten auch in den Stand setzen, rechtzeitig die etwa erforderlichen Sicherungsmaßregeln (Veranlassung der Klageanstellung, Versicherung der Ware) zu treffen. Nicht genügend ist daher z. B. die Mitteilung, daß „ein Freund" gekauft habe (ROH. 23 103). Die Namhaftmachung kann aber unter Umständen auch genügend deutlich dadurch erfolgen, daß ohne Nennung eines bestimmten Namens in der Anzeige diese so gefaßt ist, daß der Kommittent annehmen muß, es sei mit einem bestimmten Dritten abgeschlossen worden. So z. B., wenn zwar die Anzeige lediglich lautet „der Ankauf ist zum Preise x ausgeführt", aber der Kommissionsauftrag dahin ging, bei einem bestimmten Dritten einzukaufen (vgl. Lehmann Nr. 40), oder wenn der Kommissionär bereits kurz vorher mitgeteilt hatte, daß er bei einem namhaftgemachten Dritten einkaufen werde (Lehmann Nr. 41).

γ. Zeitpunkt. Auf die Zeit der Namhaftmachung kommt es an; nicht notwendig braucht sie in demselben Schriftstück zu erfolgen, das die Ausführungsanzeige enthält (RG. 4 96). Genügend ist eine Namhaftmachung vor Ausführungsanzeige; genügend auch (RG. 1 291) bei Vereinbarung, daß die Erklärung über Selbsteintritt später als die Ausführungsanzeige erfolgen darf (§ 405 Abs. 2), eine Namhaftmachung, die zwar nach der Ausführungsanzeige, aber noch am selben Tag wie letztere erfolgt ist. Maßgebend ist der Zeitpunkt der Absendung derjenigen Mitteilung, welche die Namhaftmachung enthält (vgl. § 400 Abs. 2 Satz 2). Nicht genügend ist daher nachträgliche

Absendung der Namhaftmachung, selbst wenn sie beim Kommittenten vor der Ausführungsanzeige oder gleichzeitig mit ihr eintrifft. Wollte man das Gegenteil annehmen (so Lehmann Nr. 41), so würde der Kommissionär, während die briefliche Ausführungsanzeige unterwegs ist, auf Kosten des Kommittenten spekulieren können, indem er die briefliche Anzeige durch Telegramm überholt. — Da die Gleichzeitigkeit der Namhaftmachung in § 384 Abs. 3 für wesentlich erklärt ist, kann der Kommissionär — vom Fall nachträglicher Berichtigung einer irrtümlichen Anzeige (oben zu 1) abgesehen — die einmal eingetretenen Folgen nicht durch nachträgliche Namhaftmachung beseitigen. Ebensowenig ist — abgesehen vom Fall des § 405 Abs. 2 — der Kommissionär zur nachträglichen Abänderung der Anzeige in eine Selbsteintrittserklärung befugt (§ 400 Anm. I d, § 405 Anm. I b 2).

b. **Wirkung: Haftung des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten für Erfüllung des Geschäfts.**

1. In **allen** Fällen des Kommissionsvertrags tritt diese Folge ein. Nach früherem Recht war zweifelhaft, ob die Vorschrift nur auf An- und Verkauf von Waren oder Wertpapieren mit Markt- oder Börsenpreis zu beziehen sei (D. 233, RG. **34** 121). Ist z. B., wie bei der Exportkommission (§ 383 Anm. VI e 4), das Ausführungsgeschäft die Erteilung einer Verkaufskommission, so haftet der Kommissionär, wenn er den Nachkommissionär nicht namhaft macht, für die Erfüllung des Verkaufskommissionsvertrags.
2. Abgrenzung der Erfüllungshaftung (§ 384 Abs. 3) von der Delkrederehaftung (§ 394) und der Selbsteintrittshaftung (§§ 400ff.). Unter Haftung des Kommissionärs „für Erfüllung des Geschäfts" (§ 384 Abs. 3) ist zu verstehen, daß der Kommissionär in erster Reihe (und nach Abtretung des gegen den Dritten bestehenden Anspruchs: als Gesamtschuldner des nicht namhaft gemachten Dritten, also in gleicher Reihe mit ihm) in Anspruch genommen werden kann. Der Ausdruck besagt daher etwas anderes (ebenso Breit 193, Düringer-Hachenburg Anm. V 2b; dagegen Staub Anm. 37) als der in § 394 gebrauchte, daß der Kommissionär „für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten" hafte, denn unter letzterem Ausdruck ist nur eine hinzukommende, in zweiter Reihe stehende Haftung verstanden (§ 394 Anm. II a 2). — Da der Kommissionär im Fall des § 384 Abs. 3 als Gesamtschuldner des nicht namhaft gemachten Dritten haftet, so ist der Kommittent zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, ausschließlich den Kommissionär in Anspruch zu nehmen (Str. **64** 305). Hierdurch unterscheidet sich der Fall des § 384 Abs. 3 von dem Fall des Selbsteintritts. — Vgl. auch § 393 Anm. IV c.
3. War ein Ausführungsgeschäft mit einem Dritten wirklich zustande gekommen, so richtet sich der Anspruch des Kommittenten gegen den Kommissionär dahin, daß letzterer dieses Geschäft so erfüllt, wie es zustande gekommen ist. Ungeachtet der Nichtnamhaftmachung des Dritten behält der Kommissionär diese seine Eigenschaft bei, und die den Kommissionsvertrag beherrschenden Grundsätze bleiben maßgebend (ROH. **14** 388). So bleibt der Kommissionär verpflichtet zu voller Rechnungablegung über das Ausführungsgeschäft (Lehmann Nr. 48). Der Kommissionär hat nicht das Recht, als Selbsteintretender aufzutreten (ROH. **3** 335, **11** 15), insbesondere nicht das Recht, statt des wirklich bei dem Ausführungsgeschäft bedungenen Preises den Börsen- oder Marktpreis einzusetzen (ROH. **12** 263), er hat aber auch nicht die Pflicht, dies zu tun (ROH. **14** 389). Auch für alle Nebenleistungen, die der Dritte, mit dem das Ausführungsgeschäft geschlossen ist, übernommen hat, haftet der Kommissionär. Beispielsweise: zur Erfüllung eines Verkaufs nicht vollgezahlter Aktien gehört auf Seite des Käufers die demnächstige Leistung der Resteinzahlung; der Kommissionär, der den Verkauf nicht vollgezahlter Aktien angezeigt, aber den Dritten nicht namhaft gemacht hat, haftet daher dem Kommittenten auf Leistung dieser Resteinzahlung (ROH. **22** 237).
4. War in Wahrheit überhaupt kein Ausführungsgeschäft mit einem Dritten zustande gekommen, so wird dem Kommittenten das Recht beizulegen sein, den Kommissionär so in Anspruch zu nehmen, als läge in der Ausführungsanzeige ohne Namhaftmachung eine Selbsteintrittserklärung (vgl. ROH. **19** 363, RG. **4** 97, Hahn in ZHR.

29 9). Dies Recht folgt aus der verpflichtenden Kraft der in der Ausführungsanzeige liegenden Kundgebung (§ 123 Anm. IV) — die als Angebot auszulegen ist, selbst für die Erfüllung des als ausgeführt angezeigten, aber in Wahrheit nicht ausgeführten Geschäfts aufkommen zu wollen — in Verbindung mit der Notwendigkeit, eine auf diesem Weg mögliche Umgehung der zwingenden Vorschriften der §§ 400 Abs. 2—5, 401 zu verhüten (abweichend Staub Anm. 38—40, Lehmann Nr. 42, von deren Ausgangspunkt sich indessen keine Erfüllungshaftung, sondern nur eine Schadensersatzpflicht begründen läßt). Andererseits hat der Kommittent keine Verpflichtung, den Kommissionär, der trotz Nichtausführung eine Ausführungsanzeige ohne Namhaftmachung abgegeben hat, als Selbsteintretenden zu behandeln (§ 405, RG. 18 24; dagegen nach früherem Recht ROH. 19 362), ihm steht vielmehr die Wahl frei, auch in diesem Fall den wahren Sachverhalt zu grund zu legen, das Geschäft also als ein nichtausgeführtes zu behandeln (RG. 6 54, 53 372). So namentlich auch dann, wenn der Kommissionär erst nach Abschluß eines dem Kommissionsauftrag entsprechenden Geschäfts mit einem Dritten den Entschluß gefaßt hat, dies Geschäft als für fremde Rechnung geschlossen gelten zu lassen (§ 400 Anm. I d).

5. Ausübung der Rechte des Kommittenten. Der Kommittent erwirbt die Rechte aus § 384 Abs. 3 durch die Tatsache der Absendung einer Ausführungsanzeige ohne Namhaftmachung seitens des Kommissionärs. Es bedarf keiner Erklärung des Kommittenten, damit er sich die erworbenen Rechte erhält (Lehmann Nr. 45). Im Fall zu 3, weil nach erfolgter Abtretung der Rechte des Kommissionärs gegen den Dritten der Kommissionär und der Dritte Gesamtschuldner sind, erlöschen nicht die Rechte des Kommittenten gegen den Kommissionär dadurch, das der Kommittent zunächst gegen den Dritten vorgeht (Staub Anm. 41). Im Fall zu 4 wird die Wahl des Kommittenten zwischen Inanspruchnahme des Kommissionärs als Selbsteingetretenen und Behandlung des Geschäfts als eines nichtausgeführten, sobald ausgeübt, unwiderruflich (BGB. § 263 Abs. 1 entsprechend anwendbar, vgl. jedoch Vorbem. zu HGB. §§ 375, 376 Anm. XVII b 3; ebenso Staub Anm. 41). Ergibt sich jedoch erst nachträglich, daß der Kommissionär trotz seiner gegenteiligen Behauptung nicht ausgeführt hatte, so kann der Kommittent eine etwaige Erklärung, daß er den Kommissionär als Selbsthaftenden in Anspruch nehme, nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften über Willensmängel anfechten (Düringer-Hachenburg Anm. V 4 c). Der Kommittent ist nicht zeitlich beschränkt in der Ausübung der Rechte aus § 384 Abs. 3 (RG. 4 96). Ein Verzicht hierauf liegt insbesondere nicht schon in der Annahme des vom Einkaufskommissionär Gelieferten (RG. 4 96), kann jedoch unter Umständen in langandauerndem Stillschweigen gefunden werden (§ 346 Anm. III a 1).

§ 385.

Nichtbefolgung von Weisungen des Kommittenten.

Handelt der Kommissionär nicht gemäß den Weisungen des Kommittenten, so ist er diesem zum Ersatze des Schadens verpflichtet; der Kommittent braucht das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen.

Die Vorschriften des § 665 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleiben unberührt.

ADH. Art. 362. **Entw. I** § 357. **Entw. II** § 377.

I. Ausnahme von Pflicht zu Weisungsbefolgung. II. Unzulässige Abweichung von Weisung.

I. **Ausnahme von der Verpflichtung zur Befolgung von Weisungen des Kommittenten (§ 385 Abs. 2).** Über die an sich bestehende Verpflichtung zur Befolgung von Weisungen des Kommittenten vgl. § 384 Anm. III. Eine Ausnahme hiervon behandelt § 385 Abs. 2. Er hebt zur Vermeidung von Zweifeln (D. 233) hervor, daß unberührt bleibe der (gemäß BGB. § 675 anzuwendende, vgl. HGB. § 383 Anm. I b) § 665 BGB.:

„Der Beauftragte ist berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntnis der Sach-

lage die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist."

Ebenso schon nach früherem Recht ROH. 6 314. Eine Abweichung wird auf Grund des BGB. § 665 namentlich dann zulässig sein, wenn der Kommissionär das Geschäft zu günstigeren Bedingungen abschließen kann, als der Kommittent vorausgesetzt hatte (Planck[2] § 665 Anm. 3); anders nur, wenn der Kommissionär annehmen mußte, daß der Kommittent seine Weisung trotz Kenntnis der Erzielbarkeit eines günstigeren Preises gegeben hatte. Hat der Kommissionär Grund zu der Annahme, daß eine ihm erteilte Weisung durch einen Irrtum des Kommittenten veranlaßt ist, so folgt aus seiner Pflicht sorgfältiger Wahrnehmung des Interesses des Kommittenten nicht nur die Berechtigung sondern sogar die Verpflichtung, vor Vollziehung der Weisung den Kommittenten über seinen Irrtum aufzuklären und weitere Verhaltungsmaßregeln einzuholen (OLG. Kolmar 14 XI 90 ZHR. 44 241); ist Gefahr im Verzug, so wird bei bloßem Zweifel über einen Irrtum des Kommittenten nur eine Berechtigung zur Abweichung von der Weisung gemäß BGB. § 665, keine Verpflichtung hierzu anzuerkennen sein. Über den Fall, daß der Kommissionär den Verdacht hat, daß die ihm zugekommene Willenserklärung des Kommittenten unrichtig übermittelt ist, vgl. BGB. § 120, RG. 28 16. — Daß der Ausnahmefall des BGB. § 665 vorliegt, hat der Kommissionär zu beweisen (Staub Anm. 11).

II. **Unzulässiges Handeln in Abweichung von Weisungen des Kommittenten (§ 385 Abs. 1).** Über den Sonderfall einer Abweichung von der Preisbegrenzung des Kommittenten handelt § 386.

a. **Unzulässigkeit** der Abweichung. Über die Frage, in welchen Fällen ein Abweichen von der Weisung zulässig ist, vgl. § 384 Anm. III, § 385 Anm. I. Daß § 385 Abs. 1 einen Fall der Unzulässigkeit des Abweichens voraussetzt, folgt, wenngleich dies nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, aus seiner Verbindung mit § 385 Abs. 2. Ist die Abweichung eine für das Interesse des Kommittenten ganz unerhebliche, so ist trotz etwa verletzter Weisung der Kommissionär durch BGB. § 242 gedeckt, so daß § 385 Abs. 1 dann nicht Anwendung findet (Lehmann Nr. 3, Staub Anm. 4). So nimmt in den regelmäßigen Fällen der Umstand, daß trotz Abweichung von der Weisung derselbe Preis erzielt worden ist, der bei Befolgung der Weisung erzielt wäre, dem Kommittenten das Recht auf Zurückweisung des Geschäfts (Bolze 1 Nr. 948).

b. **Handeln.** Wie aus der Wortfassung („handelt") und aus Abs. 1 Halbsatz 2 hervorgeht, betrifft § 385 nur den Fall, daß der Kommissionär überhaupt ein Geschäft abgeschlossen hat („das Geschäft"; dagegen Staub Anm. 1). Ein Nichtschließen des übernommenen Geschäfts kann zwar auch vertragswidrig sein und Schadensersatzpflicht nach sich ziehen, fällt aber nicht unter § 385, sondern unter BGB. §§ 636, 326. Auch andere Vertragswidrigkeiten des Kommissionärs können vorkommen, die nicht unter den Begriff eines „Handelns nicht gemäß den Weisungen" fallen; so z. B. die Ausübung eines im betreffenden Fall unzulässigen Pfand- oder Zurückbehaltungsrechts (ROH. 20 323) oder eine Außerachtlassung der dem Kommittenten geschuldeten Sorgfalt bei Auswahl des Vertragsgegners (Lehmann Nr. 1). Das in § 385 Abs. 1 erwähnte „Handeln" ist wohl im Anschluß an § 384 (§ 384 Anm. I b), auf den es zurückverweist, einschränkend auszulegen als „Handeln beim Abschluß des Geschäfts". Es ist nicht anzunehmen, daß § 385 dem Kommittenten das Recht, das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen, auch dann gewähren wollte, wenn der Kommissionär zwar weisungsgemäß abgeschlossen hat, aber bei der Abwickelung weisungswidrig vorgegangen ist, wenn er z. B. (§ 390 Anm. IV c) weisungswidrig unterlassen hatte, die vorschriftsgemäß eingekaufte Ware bei der Versendung durch den an einem anderen Ort wohnenden Verkäufer zu versichern.

c. **Rechte des Kommittenten** im Fall unzulässigen Abweichens von seinen Weisungen. Nach gemeinbürgerlichem Recht wären die allgemeinen Vorschriften der §§ 325, 326 BGB. maßgebend und wäre demnach zu unterscheiden, ob vertraggemäße Erfüllung noch möglich ist oder nicht (RG. 57 395). Der § 385 HGB. enthält indessen eine Sondervorschrift für den Kommissionsvertrag. — „Weisung" vgl. § 384 Anm. III a.

1. Schadensersatzanspruch.

Die in § 385 behandelte Schadensersatzpflicht ist nur auf den Fall zu beziehen, daß der Kommittent das nicht gemäß seiner Weisung abgeschlossene Ausführungsgeschäft dennoch als für seine Rechnung geschlossen gelten läßt (dagegen Staub § 386 Anm. 8). Denn, wenn er es nicht so gelten läßt, so liegt der Fall ebenso, wie wenn ein Ausführungsgeschäft überhaupt nicht abgeschlossen wäre, dann kommen mithin (oben Anm. II b) die allgemeinen Bestimmungen über Nichterfüllung von Verträgen, insbesondere über Leistungsverzug, zur Anwendung, die allerdings in der Regel gleichfalls zu einer Schadensersatzpflicht führen werden, aber nur zu einem Schadensersatz wegen Nichtausführung oder Verspätung der Ausführung, nicht zu dem in § 385 behandelten Schadensersatz wegen Abweichung des abgeschlossenen vom gemäß der Weisung abzuschließenden Ausführungsgeschäft.

Die Schadensersatzpflicht ist in § 385 Abs. 1 nur der Vollständigkeit halber erwähnt; sie würde aber auch ohnedies bereits daraus geschlossen werden müssen, daß die Befolgung der Weisungen Vertragspflicht ist (§ 384 Abs. 1), mithin jede schuldhafte Abweichung vom Kommissionär vertreten werden muß (BGB. §§ 276 ff.), Folge des Vertretenmüssens aber nach allgemeinen Grundsätzen (§ 347 Anm. III b) die Schadensersatzpflicht ist. Daß § 385 Abs. 1 in Ansehung der Schadensersatzpflicht über jene Folgerung aus allgemeinen Grundsätzen hinausgehen wollte, ist nicht anzunehmen; er ist daher einschränkend dahin auszulegen, daß Schadensersatzpflicht nur eintritt, wenn Vertretungspflicht besteht, also — mangels gegenteiliger Vertragsbestimmung — nur dann, wenn der Kommissionär oder seine Gehilfen schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) gehandelt haben (ebenso Cosack HR. § 43 II 2 a, Staub Anm. 3; abw. Düringer-Hachenburg Anm. II). Die in § 385 bestimmte Schadensersatzpflicht tritt an die Stelle der in BGB. §§ 633—635 verordneten Rechtsfolgen mangelhafter Herstellung des Werks; die §§ 633—635 BGB. sind unanwendbar auf den Kommissionsvertrag, weil hier ein „Mangel" der dort erwähnten Art nicht vorkommen kann.

Über den Inhalt der Schadensersatzpflicht des Kommissionärs vgl. BGB. §§ 249 ff., über die Einwirkung eines Mitverschuldens des Kommittenten BGB. § 254. Nur insoweit besteht eine Ersatzpflicht, wie das Abweichen von der Weisung ursächlich ist für das Entstehen des Schadens. Ist der Kommissionär von der Weisung unzulässigerweise abgewichen, benachrichtigt er hiervon den Kommittenten, und schweigt letzterer, so ist das Abweichen von der Weisung ursächlich nur für den Schaden, der auch dann nicht mehr hätte abgewendet werden können, wenn die Nichtgenehmigung der Abweichung alsbald dem Kommissionär mitgeteilt worden wäre (ROH. 4 207).

2. Nichtgeltenlassen des abgeschlossenen Geschäfts.

Wird ein Geschäft anders als entsprechend der Weisung ausgeführt, so liegt hierin keine Erfüllung des Kommissionärs in Ansehung der von ihm übernommenen Leistung; daher bleiben die Regeln über Nichterfüllung anwendbar (vgl. Vorbem. zu HGB. §§ 375, 376 Anm. II d 3), solange nicht der Kommittent zu erkennen gegeben hat, daß er das weisungswidrig abgeschlossene Geschäft als für seine Rechnung geschlossen gelten lassen wolle. Hieraus folgt erstens, daß auch bei unverschuldeter Weisungswidrigkeit der Ausführung der Kommittent das Geschäft nicht gelten zu lassen braucht (Staub Anm. 3). Und zweitens folgt, daß das Nichtgeltenlassen zunächst nicht erklärt zu werden braucht (vgl. ROH. 16 252; dagegen — wohl nur infolge Fassungsfehlers — „zurückweisen" in dem auf § 385 verweisenden § 386 Abs. 1), daß vielmehr das Geschäft von selbst nicht als für Rechnung des Kommittenten geschlossen gilt, bis dieser erklärt, daß er es als für seine Rechnung geschlossen gelten lassen wolle. Eine dahingehende Erklärung liegt aber in der Regel im Stillschweigen auf erhaltene Ausführungsanzeige oder Abrechnung, wenn aus diesen die Weisungswidrigkeit des Abschlusses sich genügend deutlich ergibt (§ 346 Anm. III a 4, 7, vgl. § 377 Anm. I, § 386 Abs. 1, ROH. 10 377; abweichend RG. 30 IV 04 Holdheims MSchr. 251, Staub Anm. 9, Lehmann Nr 6, Düringer-Hachenburg Anm. III aa). Der Kommissionär hat die erfolgte Genehmigung darzutun (RG. 30 IV 04 HoldheimsMSchr.

251). Das stillschweigende Geltenlassen enthält an sich noch keinen Verzicht auf den (oben zu 1) Schadensersatzanspruch wegen Weisungswidrigkeit (vgl. § 387 Abs. 2 Satz 2); doch kann auch ein solcher Verzicht stillschweigend erklärt werden. Über Genehmigung durch Unterlassen rechtzeitiger Beanstandung nach Ablieferung der Ware bei Einkaufskommission bestimmt § 391.

Für die Frage, ob der Kommittent, der ein weisungswidrig abgeschlossenes Geschäft nicht als für seine Rechnung geschlossen gelten lassen will, zunächst eine Frist für weisungsgemäße Ausführung stellen muß (vgl. RG. 1 272, 20 323), oder ob er sofort nachträgliche Ausführung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichtausführung fordern oder Rücktritt erklären kann, sind die allgemeinen Bestimmungen des BGB. §§ 325, 326, 361, 636 maßgebend (abweichend Staub Anm. 6, 7). Daneben besteht das Recht des Kommittenten, den Kommissionsvertrag zu kündigen vorbehaltlich des Rechts des Kommissionärs auf Vergütung (§ 383 Anm. XIc 1). — In ausdehnender Anwendung des § 386 Abs. 2 ist anzunehmen, daß, wenn der Kommissionär in einem Fall, in dem die Weisungswidrigkeit sich ausgleichen läßt, insbesondere also bei bloßem Mengeunterschied (Staub Anm. 10, Düringer-Hachenburg III dd), diese Ausgleichung gleichzeitig mit der Ausführungsanzeige anbietet, der Kommittent das Geschäft für seine Rechnung gelten lassen muß, aber über die Ausgleichung hinaus den etwa übersteigenden Betrag des ihm verursachten Schadens fordern darf.

§ 386.

Abweichung von Preisbestimmung.

Hat der Kommissionär unter dem ihm gesetzten Preise verkauft oder hat er den ihm für den Einkauf gesetzten Preis überschritten, so muß der Kommittent, falls er das Geschäft als nicht für seine Rechnung abgeschlossen zurückweisen will, dies unverzüglich auf die Anzeige von der Ausführung des Geschäfts erklären; anderenfalls gilt die Abweichung von der Preisbestimmung als genehmigt.

Erbietet sich der Kommissionär zugleich mit der Anzeige von der Ausführung des Geschäfts zur Deckung des Preisunterschieds, so ist der Kommittent zur Zurückweisung nicht berechtigt. Der Anspruch des Kommittenten auf den Ersatz eines den Preisunterschied übersteigenden Schadens bleibt unberührt.

ADH. Art. 363, 364. **Entw. I** § 358. **Entw. II** § 378.

I. Verhältnis zu § 385.
II. Abweichung von Preisbegrenzung.
III. Folgen der Abweichung.

I. **Verhältnis zu § 385.** Der in § 386 behandelte Fall ist ein Unterfall des in § 385 geregelten, des „nicht Handelns gemäß den Weisungen des Kommittenten". Soweit die Regeln des § 386 nicht reichen, greifen daher die allgemeinen Vorschriften des § 385 ein. So ist z. B. in § 386 Abs. 1 das in § 385 Abs. 1 Halbs. 2 bestimmte Recht des Nichtgeltenlassens, in § 386 Abs. 2 Satz 2 das Bestehen des in § 385 Abs. 1 Halbs. 1 bestimmten Schadensersatzanspruchs vorausgesetzt. Über den Fall, daß der Kommissionär Ausführungsanzeige übersendet, ohne ausgeführt zu haben, vgl. § 383 Anm. VIIa 1, § 385 Anm. IIb.

II. **Abweichung von Preisbegrenzung** bei Einkaufs- und Verkaufskommission.

a. **Einkaufs- und Verkaufskommission.** Im Gegensatz zum früheren Recht (D. 233) stellt das HGB. den Fall der Preisüberschreitung durch den Einkaufskommissionär dem Fall des Verkaufs unter dem gesetzten Preis durch den Verkaufskommissionär gleich. Für andere Fälle der Kommission gibt § 386 keine ausdrückliche Vorschrift; doch wird auch auf solche Fälle § 386 entsprechend anzuwenden sein bei Überschreitung des Preises, den der Kommissionär dem Dritten für dessen Leistung zubilligen soll oder bei Zurückbleiben hinter dem Preis, den der Dritte für die Leistung des Kommittenten zahlen soll (Lehmann Nr. 1).

b. **Preisbegrenzung.** Ob eine solche vorlag, ist Frage der Auslegung des ursprünglichen Kommissionsvertrags und etwaiger nachträglicher Weisungen (§ 384 Anm. III) des Kommittenten. Wird die Ware mit Rechnung, in welcher Preise ausgeworfen, an den Verkaufskommissionär gesendet, so liegt darin noch nicht das Verbot, unter diesen Preisen zu verkaufen (ROH. 8 32); auch nicht, wenn in der Rechnung die Preise als „netto ab hier" bezeichnet sind (ROH. 8 120). Anders, wenn vereinbart ist, daß die in Rechnung gestellten Preise ohne Abzug dem Kommittenten abgeliefert werden müssen und bei Mehrerlös ein Teil des Überschusses dem Kommissionär als Provision zufallen solle (ROH. 19 70). Keine Preisbegrenzung liegt in der Mitteilung der Selbstkosten unter Ausspruch der Erwartung, es werde unter denselben nicht verkauft werden (Bolze 1 Nr. 957), in dem Auftrag, die Ware auf einem bestimmten zeitlich begrenzten Markt, jedoch nicht unter dem höchsten auf diesem Markt für solche Ware erzielten Preis, zu verkaufen (Bolze 7 Nr. 514), oder in der Festsetzung eines zu erzielenden Durchschnittspreises für die in mehreren Teilen zu verkaufende Ware (ROH. 15 436); in beiden letzteren Fällen aus dem Grund, weil zu der Zeit, zu welcher der Kommissionär notwendig die Ware bzw. die ersten Teile der Ware verkaufen muß, er noch nicht sicher zu übersehen vermag, ob er die gestellte Bedingung einhalten kann. Ebensowenig liegt darin, daß der Kommittent sich einen Vorschuß vom Kommissionär geben läßt, notwendig eine Preisbegrenzung dahin, daß der Kommissionär nicht unter dem Betrag des Vorschusses verkaufen dürfe (Bolze 11 Nr. 323). — Auf Abweichung von der Weisung in anderer Beziehung als bezüglich der Preisbegrenzung, darf § 386 Abs. 1 nicht entsprechend ausgedehnt werden (ebenso Lehmann Nr. 1); über die Frage, ob § 386 Abs. 2 so ausgedehnt werden darf, vgl. § 385 Anm. II c 2.

c. **Abweichung.** Der § 386 behandelt nur den Fall, daß der Verkaufskommissionär unter dem gesetzten Preis verkauft oder der Einkaufskommissionär über dem gesetzten Preis eingekauft hat. Ist nach der entgegengesetzten Richtung von den Weisungen des Kommittenten abgewichen, so findet § 386 keine Anwendung (Lehmann Nr. 3, Staub Anm. 4, Düringer-Hachenburg Anm. III 2); ob die Rechte aus § 385 dem Kommittenten im Einzelfall zustehen, vgl. § 385 Anm. II a. Da § 386 nicht selbständig ein Zurückweisungsrecht bestimmt, sondern nur das in § 385 bestimmte Recht des Nichtgeltenlassens als an sich vorhanden voraussetzt (oben Anm. I), so kann auch im Fall des § 386 eine Zurückweisung nur in Frage kommen, wenn die Abweichung von der Preisbegrenzung eine unzulässige (§ 385 Anm. II a) war, insbesondere wenn nicht die Voraussetzungen vorlagen, unter denen nach BGB. § 665 eine Abweichung erlaubt ist (D. 234).

III. **Folgen der Abweichung.**

a. **Allgemeines.** Auch im Fall des § 386 hat der Kommittent wahlweise (§ 385 Anm. II c 1) die beiden ihm in § 385 zugesprochenen Rechte auf Nichtgeltenlassen und auf Schadensersatz. Das letztere Recht wird nicht beschränkt, sondern ist zur Vermeidung von Zweifeln (D. 234) sogar für den Fall des § 386 Abs. 2 ausdrücklich vorbehalten (§ 386 Abs. 2 Satz 2). Das erstere Recht dagegen wird durch eine Ausnahme eingeschränkt (§ 386 Abs. 2 Satz 1) und wird, auch soweit es hiernach noch besteht, an eine unverzüglich abzugebende Erklärung gebunden (§ 386 Abs. 1).

b. **Zurückweisungsrecht.**

1. Unverzügliche Erklärung des Kommittenten ist erforderlich, wenn er das Zurückweisungsrecht ausüben will (§ 386 Abs. 1). Eine solche Erklärung kann, auch ohne daß das Wort „Zurückweisung" gebraucht wird, in einer Mißbilligung liegen (ROH. 16 252). Die Erklärung hat ohne schuldhaftes Zögern (BGB. § 121) nach Eingang der Ausführungsanzeige (§ 384 Anm. IV a) beim Kommittenten zu erfolgen. Nimmt man an (§ 386 Anm. I), daß trotz der von § 385 Abs. 1 abweichenden Fassung des § 386 Abs. 1 auch in letzterem Fall — wie im allgemeinen Fall des § 385 (§ 385 Anm. II c 2) — das Ausführungsgeschäft nicht als für Rechnung des Kommittenten geschlossen gilt, bis dieser es (durch Stillschweigen) genehmigt, so ist abzuleiten, daß schon die Absendung der Zurückweisungserklärung genügt, auch wenn diese ohne Verschulden des Kommittenten nicht in die Hand des Kommissionärs gelangt (dagegen Staub Anm. 6, Düringer-Hachenburg

Anm. IV). Der gesetzgeberische Zweck, ein Spekulieren auf Kosten des Kommissionärs zu verhindern (P. 693, D. 234), wird bei dieser Annahme gewahrt. — Da die Nichtzurückweisung als Billigung der Abweichung von der Preisbegrenzung in Betracht kommen soll, so kann nur diejenige Ausführungsanzeige erheblich sein, die den Umfang der Abweichung erkennen läßt. Daß sie zwar die Tatsache der Abweichung, aber nicht — wenigstens im wesentlichen — deren Umfang erkennen läßt, genügt nicht (zust. Düringer-Hachenburg Anm. III 4; dagegen Lehmann Nr. 5), da oft der Umfang maßgebend sein wird für die Entscheidung des Kommittenten, welche Erklärung er abgeben will. Wird zuerst nur eine allgemeine Ausführungsanzeige erstattet und erst demnächst der bei dem Ausführungsgeschäft erzielte Preis mitgeteilt, so kann noch unverzüglich nach letzterer Mitteilung die Zurückweisung erfolgen.

2. Folge unverzüglicher Zurückweisung ist, daß das Geschäft als nicht für Rechnung des Kommittenten geschlossen gilt. Daneben kann nicht Schadensersatz gemäß § 385, sondern nur möglicherweise auf Grund allgemeiner Bestimmungen gefordert werden (§ 385 Anm. IIc 1; abweichend Staub Anm. 8).

3. Folge des Unterlassens unverzüglicher Zurückweisung ist, daß die „Abweichung von der Preisbestimmung als genehmigt" gilt (§ 386 Abs. 1). Hiernach ist später keine Zurückweisung des Geschäfts wegen der Preisabweichung mehr zulässig; selbst dann nicht, wenn sich erst später ergibt, daß der Kommissionär die Abweichung verschuldet hatte (Staub Anm. 7). Aus jenen Worten ist aber ferner zu schließen, daß dann auch nicht mehr Schadensersatz wegen der Preisabweichung gefordert werden kann. Dagegen bleibt trotz Unterlassens unverzüglicher Zurückweisung der Anspruch auf Schadensersatz wegen anderer bei dem Ausführungsgeschäft vorgekommener Weisungswidrigkeiten erhalten. Zweifelhaft kann nur sein, ob etwa trotz Unterlassens unverzüglicher Zurückweisung der Kommittent auch das ihm nach § 385 zustehende Recht behält, wegen solcher anderen bei dem Ausführungsgeschäft vorgekommenen Weisungswidrigkeiten das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen. Dies wird zu bejahen sein (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. IV und wohl Lehmann Nr. 7); zwar scheint dem der Wortlaut des § 386 Abs. 1 Halbs. 1 zu widersprechen, doch sind hier die Worte „aus diesem Grund" eingeschaltet zu denken vor „das Geschäft ... zurückweisen will", da sonst der Halbs. 1 inhaltlich mit dem Halbs. 2 nicht übereinstimmt. Hierin liegt eine — vielleicht nicht wünschenswerte — Folge davon, daß der Gesetzgeber die Vorschriften des § 386 Abs. 1 nicht auf alle Fälle der Weisungswidrigkeit erstreckt hat.

4. Erbieten zur Deckung des Preisunterschieds schließt, wenn es seitens des Kommissionärs zugleich mit der Ausführungsanzeige erfolgt, das Recht auf die Zurückweisung aus (§ 386 Abs. 2 Satz 1). Der Schadensersatzanspruch bleibt dagegen bestehen: er ist gegenstandslos, soweit das Deckungserbieten reicht; darüber hinaus ist er in § 386 Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich vorbehalten. — Nur die Zurückweisung wegen der Preisabweichung wird durch das Deckungserbieten ausgeschlossen; ein Nichtgeltenlassen wegen gleichfalls vorliegender anderer Weisungswidrigkeiten bleibt zulässig (vgl. oben zu 3). Nicht erheblich ist, ob das Deckungserbieten gleichzeitig mit der Ausführungsanzeige abgesendet wird, nur erheblich vielmehr, daß es gleichzeitig mit ihr dem Kommittenten zugeht (ebenso Lehmann Nr. 9, Düringer-Hachenburg Anm. Va). Auf ein erst nachträglich erfolgendes Erbieten des Kommissionärs braucht der Kommittent sich nicht einzulassen. Wörtliches Erbieten genügt selbst bei schlechter Vermögenslage des Kommissionärs (zust. Düringer-Hachenburg Anm. Vb; dagegen Lehmann Nr. 9), denn im Fall des dem Kommissionär gleichfalls selbst bei schlechter Vermögenslage gestatteten Selbsteintritts würde der Kommittent mindestens die gleiche, unter Umständen noch größere Gefahr laufen. Der § 386 Abs. 2 enthält nicht zwingendes Recht, die in ihm enthaltenen Bestimmungen können daher durch Parteiabrede ausgeschlossen werden (ebenso Lehmann Nr. 10).

c. **Schadensersatzanspruch.** Sowohl für den Fall der Zurückweisung wie für den Fall des Unterlassens der Zurückweisung kommen bei Abweichung von der Preisbegrenzung lediglich die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung, die auch für andere Weisungswidrigkeiten

gelten. Die hieraus im einzelnen abzuleitenden Folgerungen vgl. oben Anm. IIIb 2, 3. Auch für den Fall, daß die Zurückweisung unzulässig wird durch das Erbieten des Kommissionärs zur Deckung des Preisunterschieds, gilt nichts anderes (oben Anm. IIIb 4); durch § 386 Abs. 2 Satz 2 ist nur zur Vermeidung von Zweifeln (D. 234) hervorgehoben, daß trotz jenes Erbietens der Anspruch des Kommittenten auf den Ersatz eines den Preisunterschied übersteigenden Schadens unberührt bleibt. „Ist beispielsweise durch den von dem Kommissionär unter dem gesetzten Preis bewirkten Verkauf eines Wertpapiers, von welchem der Kommittent noch größere Beträge besitzt, nachweisbar der Kurs gedrückt worden und hierdurch für den Kommittenten ein Schaden entstanden, so muß der Kommissionär dafür dem Kommittenten aufkommen, es sei denn, daß ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt" (D. 234).

§ 387.

Abschluß zu vorteilhafteren als gesetzten Bedingungen.

Schließt der Kommissionär zu vortheilhafteren Bedingungen ab, als sie ihm von dem Kommittenten gesetzt worden sind, so kommt dies dem Kommittenten zu Statten.

Dies gilt insbesondere, wenn der Preis, für welchen der Kommissionär verkauft, den von dem Kommittenten bestimmten niedrigsten Preis übersteigt oder wenn der Preis, für welchen er einkauft, den von dem Kommittenten bestimmten höchsten Preis nicht erreicht.

ADH. Art. 372. **Entw. I** § 368. **Entw. II** § 379

I. **Vom Kommittenten gesetzte Bedingungen.** Der § 387 setzt voraus, daß der Kommittent bestimmte Weisungen (§ 384 Anm. III) bezüglich des näheren Inhalts des abzuschließenden Ausführungsgeschäfts gegeben hat. „Bedingungen" steht nicht im engen Sinn des z. B. in BGB. §§ 158 ff. gebrauchten Fachausdrucks, umfaßt vielmehr alle Teile der Vertragsabrede, so z. B. die Preisbestimmung (§ 387 Abs. 2), das Zahlungsziel, etwa übernommene Nebenleistungen. — Über den Fall, daß der Inhalt der durch den Kommittenten gesetzten Bedingungen beeinflußt worden ist durch Täuschung seitens des Kommissionärs bei Vertragsabschluß, vgl. § 384 Anm. IIb.

II. **Abschluß zu vorteilhafteren Bedingungen,** als sie vom Kommittenten bestimmt worden sind. Daß dies Merkmal vorliegt, hat der Kommittent zu beweisen; doch wird ihm der Beweis erleichtert durch die Rechenschaftspflicht (§ 384 Anm. V) des Kommissionärs. Vorausgesetzt ist in § 387, daß kein Selbsteintritt erfolgt ist; für den Fall des Selbsteintritts enthält § 401 eine das Interesse des Kommittenten wahrende Bestimmung. Unerheblich ist, ob der Kommissionär bei Abschluß des Ausführungsgeschäfts die Absicht hatte, für fremde Rechnung abzuschließen; selbst wenn z. B. der Verkaufskommissionär die ihm übergebenen Waren unzulässigerweise für eigene Rechnung verkaufen wollte, erwirbt der Kommittent den Anspruch auf den vollen Kaufpreis (ROH. 12 189). Nicht nur das beim Abschluß Erzielte kommt dem Kommittenten zugut, sondern — da auch die Abwickelung auf dessen Rechnung geht — auch das etwa bei der Abwickelung Ersparte, z. B. ein seitens des Verkäufers dem Einkaufskommissionär gewährter Erlaß eines Teils des Kaufpreises (RG. 9 297), ein ihm gewährter Kassenskonto, eine ihm gezahlte Vertragsstrafe und dergleichen.

III. **Dem Kommittenten kommt dies zu statten.** Dies ist eine selbstverständliche Folgerung aus dem Begriffsmerkmal des Kommissionsgeschäfts, wonach hierin die Übernahme des Abschließens für fremde Rechnung (§ 383 Anm. VIf) liegt. Die Bestimmung ist aufgenommen, um gegenteiligen unter Kaufleuten verbreiteten Anschauungen entgegenzutreten (M. 157). Gegenteilige Parteiabreden sind zulässig; so die Abrede, daß dem Kommissionär statt oder außer der Provision der über den gesetzten Preis hinaus erzielte Vorteil ganz oder teilweise zugut kommen (ROH. 19 70, 22 77), z. B. daß er eine Emissionsbonifikation behalten soll (RG.

10 XII 04 HoldheimsMSchr. 05 192). Über die Frage, ob gegenteilige Handelsgebräuche zu beachten sind, vgl. § 346 Anm. Id: Auslegungsfrage ist, ob, wenn die Parteien die Anwendung des § 387 ganz ausgeschlossen haben, überhaupt Kommissionsvertrag oder Eigengeschäft vorliegt (§ 383 Anm. IV f).

§ 388.

Beschädigung, Mangelhaftigkeit, Drohen von Verderb oder Entwertung.

Befindet sich das Gut, welches dem Kommissionär zugesendet ist, bei der Ablieferung in einem beschädigten oder mangelhaften Zustande, der äußerlich erkennbar ist, so hat der Kommissionär die Rechte gegen den Frachtführer oder Schiffer zu wahren, für den Beweis des Zustandes zu sorgen und dem Kommittenten unverzüglich Nachricht zu geben; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

Ist das Gut dem Verderb ausgesetzt oder treten später Veränderungen an dem Gute ein, die dessen Entwerthung befürchten lassen, und ist keine Zeit vorhanden, die Verfügung des Kommittenten einzuholen, oder ist der Kommittent in der Ertheilung der Verfügung säumig, so kann der Kommissionär den Verkauf des Gutes nach Maßgabe der Vorschriften des § 373 bewirken.

ADH. Art. 365, 366 Abs. 1. **Entw. I** § 359 Abs. 1, § 360. **Entw. II** § 380.

I. Beschädigung oder Mangelhaftigkeit des dem Kommissionär zugesendeten Guts (§ 388 Abs. 1).

a. Gut, welches dem Kommissionär zugesendet ist.

1. Gut. Vgl. § 397 Anm. Ia, § 407 Anm. IIh.

Der innerhalb des Abschnitts über Kommissionsgeschäfte in §§ 388—391, 397, 398, 400, 403 und außerdem auch in anderen Abschnitten gebrauchte Ausdruck „Gut" ist, wie aus §§ 397, 398 hervorgeht, innerhalb des ersteren Abschnitts gleichbedeutend mit „Kommissionsgut". Doch kann zweifelhaft sein, ob an einzelnen Stellen — zwar nicht mit Rücksicht auf das Wort, aber mit Rücksicht auf den Zusammenhang der betreffenden Vorschrift mit anderen — kleine Verschiedenheiten der Bedeutung bestehen; so ist z. B. § 397 nach der Entstehungsgeschichte auch auf Gut zu beziehen, das in Erwartung des Zustandekommens eines Kommissionsvertrags in den Besitz des Kommissionärs gebracht ist (§ 397 Anm. Ia), während § 388 nicht auch auf diesen Fall ausgedehnt werden darf.

Kommissionsgut ist nur, was Gegenstand des Ausführungsgeschäfts war oder zu werden bestimmt ist. Nicht dagegen z. B. ein sonstiger dem Kommissionär für dessen künftige Forderungen aus Kommissionsgeschäften vertraglich verpfändeter Gegenstand (KG. 13 II 93 KGBl. 69). Ebensowenig diejenigen Beförderungsmittel (Wagen, Pferde usw.) oder Gefäße (nicht mit der Ware zu verkaufende Fässer, Kisten usw.), die nur der Übermittelung jener Sache durch den Kommittenten an den Kommissionär zu dienen bestimmt sind (Bolze 8 Nr. 433).

Unerheblich für den Begriff des Kommissionsguts ist, wer dessen Eigentümer ist (ROH. 14 188); Kommissionsgut ist daher z. B. sowohl die Ware, die dem Kommittenten gehört und vom Verkaufskommissionär zu verkaufen ist, wie auch die dem Einkaufskommissionär gehörende, von diesem in Ausführung der Einkaufskommission erworbene und dem Kommittenten noch nicht übereignete (§ 398, ROH. 11 11, RG. 33 109), wie endlich auch die Ware, die dem dritten Verkäufer gehört, von diesem zwecks Erfüllung des Ausführungs-

geschäfts dem Einkaufskommissionär übersandt, von letzterem aber beanstandet ist (§ 391; nicht dagegen spricht § 397, wo nur eine für die dort gegebene Vorschrift selbstverständliche Einschränkung fehlt, § 397 Anm. I a 3).

Der Begriff des Kommissionsguts umfaßt sowohl Ware wie durch Wertpapier verbriefte Forderungen einschließlich der Wertpapier-Urkunden (§§ 400, 403, 429 Abs. 2, ROH. 15 424, 20 89, RG. 3 154), nicht auch die Forderungen des Kommissionärs gegen Dritte aus dem Ausführungsgeschäft (vgl. § 399). In § 388 wird daher die Wertpapierforderung als mitbegriffen anzusehen sein; eine Einschränkung ergibt sich nur für § 388 Abs. 1, sie folgt aber nicht aus dem Begriff des „Guts", sondern aus der Beschränkung jener Vorschrift auf einen „äußerlichen erkennbaren" Zustand; auch die Voraussetzungen des Abs. 2 werden bei Wertpapierforderungen nur sehr selten vorliegen.

2. Zugesendet. Dies Wort ist nicht in dem beschränkten Sinn auszulegen, der mit „übersendet" in § 379 (§ 379 Anm. I b 3) zu verbinden ist (dagegen Staub Anm. 1); der § 388 Abs. 1 findet daher Anwendung auch, wenn der Kommittent anwesend bei der Ablieferung ist (zust. Düringer-Hachenburg Anm. II 1); er findet Anwendung nicht nur bei Fernkauf, sondern auch bei Platzkauf. Unter Umständen wird allerdings bei Anwesenheit des Kommittenten dessen Schadensersatzanspruch infolge seines Mitverschuldens in Fortfall kommen (BGB. § 254); doch ist unter anderen Umständen, z. B. bei Übersendung durch den Verkäufer an den Einkaufskommissionär, wenn letzterer als Empfänger genannt ist, der Kommittent, selbst wenn er bei der Ablieferung zugegen ist, gar nicht in der Lage, gegen den Widerspruch des Kommissionärs die Rechte gegen Frachtführer oder Schiffer zu wahren. Der § 388 Abs. 1 ist nicht anwendbar, wenn keine Zusendung erfolgt, z. B. wenn bei Platzkauf keine Ortsveränderung des Guts geschieht, vielmehr der Kommissionär es an dem Ort übernimmt, wo es sich bei Abschluß des Ausführungsgeschäfts befindet (Düringer-Hachenburg Anm. II 1).

b. **Äußerlich erkennbarer beschädigter oder mangelhafter Zustand bei Ablieferung.**

1. Ablieferung. Vgl. § 377 Anm. III a.
2. Beschädigter oder mangelhafter Zustand. Die beiden Begriffe der Mangelhaftigkeit und der Beschädigung (§ 390 Anm. I b) sind einander nicht streng entgegengesetzt; Mangelhaftigkeit kann auch auf Beschädigung beruhen; andererseits kann durch Beschädigung nicht nur Mangelhaftigkeit hervorgerufen, sondern die Ware zu einer nach Verkehrsanschauung ganz anderen werden. Über den Begriff der Mangelhaftigkeit vgl. § 377 Anm. IV, insbesondere bei Wertpapieren § 377 Anm. IV c 1. Der § 388 Abs. 1 ist entsprechend auch auf den Fall der Zuwenig-Lieferung anzuwenden (zust. Düringer-Hachenburg Anm. II 2), da §§ 378, 438 diesen Fall (unerhebliche Zuwenig-Lieferung bezw. Minderung) demjenigen der Mangelhaftigkeit bezw. Beschädigung gleichstellen. — In anderem Sinn ist „Mangel" in § 438 Abs. 3 gebraucht, indem dort Beschädigung und Minderung unter dieser Bezeichnung zusammengefaßt sind.
3. Äußerliche Erkennbarkeit. Dieser Begriff ist verschieden von dem in § 377 Abs. 2 erwähnten Begriff (§ 377 Anm. V b 1) einer „Erkennbarkeit bei Untersuchung", der für das Verhältnis des Kaufkommissionärs zu seinem Vertragsgegner beim Ausführungsgeschäft maßgebend bleibt. Der Begriff der „äußerlichen Erkennbarkeit" verweist vielmehr auf die Bestimmungen des Frachtrechts (§§ 438 Abs. 3, 464) und betrifft nur das Verhältnis zwischen Kommissionär und Beförderer. Unter der äußerlichen Erkennbarkeit ist eine Eigenschaft zu verstehen, die bereits bei nur äußerer Annäherung an die Ware, auch ohne Öffnung etwaiger Verpackungen, wahrnehmbar war. Meist wird als einziger Wahrnehmungsweg das Auge in Frage stehen; aber auch z. B. eine Wahrnehmbarkeit durch Geruch, durch Gehör (Art des Geräusches bei Bewegung) oder durch äußeres Befühlen kann in Betracht kommen. Die äußere Prüfung braucht nicht in weiterem Umfang vorgenommen zu werden, als dies einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entspricht; andererseits entscheidet nicht eine von ordnungsmäßigem Geschäftsgang abweichende Verkehrsübung (vgl. § 377 Anm. V b 1, a 3). — Auch wenn äußerliche Erkennbarkeit nicht vorliegt, ist der Kommissionär, wenn er trotzdem erkennt, verpflichtet (§ 384 Anm. II a),

die erforderlichen Maßregeln (§ 438 Abs. 3, § 464) zu treffen (ebenso Staub Anm. 2, Düringer-Hachenburg Anm. II); diese Maßregeln werden bei rechtzeitiger Entdeckung in der Regel dieselben sein wie die in § 388 Abs. 1 für den Fall der äußerlichen Erkennbarkeit vorgeschriebenen, und ihre verschuldete Unterlassung hat gleichfalls Schadensersatzpflicht zur Folge.

c. **Pflichten des Kommissionärs.**

1. Rechte gegen Frachtführer und Schiffer wahren. Über diese Rechte vgl. namentlich HGB. §§ 428 f., 456 ff., 511 f., 606 ff., 652 ff., 661, 673 Abs. 2, BinnenschiffahrtsG. §§ 58 ff., 62 Abs. 1, 73—77, über die Art, sie zu wahren, HGB. §§ 438, 464, 608 f., BinnenSchG. §§ 61, 62 Abs. 2, 3. Aus der Entstehungsgeschichte (M. 151) geht hervor, daß § 388 Abs. 1 den Kommissionär namentlich darauf hinweisen sollte, zu hindern, daß der in § 438 Abs. 1 bestimmte Verlust aller Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrag durch Zahlung und Gutsannahme ohne vorherige Zustandsfeststellung (z. B. Feststellung des Mindergewichts ROH. 8 198, 15 384, oder der Minderzahl ROH. 20 232) eintritt. Dies ist indessen nur ein einzelnes Beispiel der erforderlichen Wahrung von Rechten, das keiner besonderen Hervorhebung bedurft hätte; der § 388 Abs. 1 ist auf alle Fälle, in denen Rechte zu wahren sind, entsprechend auszudehnen (vgl. § 384 Anm. II a). So z. B. auch auf äußerlich nicht erkennbare Beschädigung oder Mangelhaftigkeit (oben zu b 3) und auf Ansprüche aus Ablieferungssäumnis (nur daß in diesem Fall das Sorgen für den Beweis des Zustands fortfällt). Ebenso (beim Kommissionsgeschäft, nicht auch beim Speditions- und Lagergeschäft, §§ 407 Abs. 2, 417 Abs. 1) auf Rechte gegen den Spediteur (§ 414) und gegen den Verkäufer (§§ 377 f.); allerdings nur, wenn (§ 384 Anm. I b) nach Inhalt des einzelnen Kommissionsvertrags dem Kommissionär auch die Abwickelung des von ihm abgeschlossenen Ausführungsgeschäfts obliegt. Aber auch die in § 388 Abs. 1 ausdrücklich hervorgehobene Pflicht besteht nicht, wenn der Kommissionsvertrag Gegenteiliges bestimmt. Sie besteht ferner nur, wenn nach den Umständen des Einzelfalls der Kommissionär Veranlassung hatte, wegen Wahrung von Rechten Schritte zu unternehmen (ROH. 20 232). Daher nicht, wenn der Kommissionär ohne Sorgfaltsverletzung annahm, daß keine zu wahrenden Rechte vorhanden seien; so z. B., wenn das ihm vom Kommittenten zugesandte Konnossement keine Gewichts- oder Mengeangabe enthält, der Kommissionär auch anderweit keine Kenntnis von dem Gewicht oder der Menge der ihm übersandten Waren hat, und wenn äußere Spuren einer Entnahme von Ware aus den abgelieferten Kisten nicht vorhanden sind (ROH. 15 384). — Das „Rechte wahren" hat, wie sich aus der Zusammenstellung mit „Nachricht geben" ergibt, nach selbständigem Ermessen des Kommissionärs zu geschehen, ohne daß er die Weisung des Kommittenten abzuwarten hat. Erfolgt aber eine Weisung des Kommittenten, so hat der Kommissionär — soweit nicht ausnahmsweise eigene beachtliche Rechte desselben entgegenstehen — selbst dann der Weisung nachzukommen, wenn er die zu grund liegende Ansicht des Kommittenten nicht teilt (RG. 47 121). Der Kommittent ist z. B. berechtigt zu verlangen, daß der Einkaufskommissionär die Ware beanstandet und es auf einen Rechtsstreit ankommen läßt; er ist dann aber im Zweifel verpflichtet, Vorschuß zu leisten und im Fall der Verurteilung des Kommissionärs nach seiner, des Kommittenten, Wahl an den Kommissionär oder den Dritten zu zahlen (RG. 47 121, 125). — Durch das Wort „wahren" sollte der Kommissionär nicht auf die Einlegung einer wörtlichen Verwahrung beschränkt werden, sondern es wurde anerkannt, daß er weitergehend auch zur Hinwirkung auf Sicherung, unter Umständen selbst zur Geltendmachung der Rechte des Kommittenten verpflichtet sei (P. 5091).

2. Für den Beweis des Zustands sorgen. Der § 388 Abs. 1 gibt keine besondere Formvorschrift darüber, wie für den Beweis des Zustands gesorgt werden soll. Doch liegt für die meisten Fälle eine solche Formvorschrift mittelbar in der Bestimmung, daß die „Rechte" zu „wahren" sind, denn für das Wahren der Rechte ist in vielen Fällen vorgeschrieben, in welcher näheren Weise die Feststellung des Zustands erfolgen muß. Über Zustandsfeststellung durch Beweissicherungsverfahren vgl. CPO. §§ 488 ff. (HGB. § 377

Anm. VIII c), über Zustandsfeststellung durch amtlich bestellte Sachverständige vgl. FGG. § 164.

3. Dem Kommittenten unverzüglich Nachricht geben. Nachricht ist nach § 388 Abs. 1 zu geben von der Tatsache der Ablieferung in beschädigtem oder mangelhaftem Zustand. Inwieweit auch Nachricht von den Einzelheiten der Beschädigung oder Mangelhaftigkeit und von den seitens des Kommissionärs ergriffenen Maßregeln zu geben, ist nicht in § 388 Abs. 1 bestimmt, sondern aus der allgemeinen Vorschrift des § 384 Abs. 2 abzuleiten, daß der Kommissionär dem Kommittenten die „erforderlichen" Nachrichten zu geben hat (hierüber vgl. § 384 Anm. IV b). Unverzüglich = ohne schuldhaftes Zögern (BGB. § 121).

d. **Folge der Unterlassung** der Pflichterfüllung seitens des Kommissionärs ist, daß er schadensersatzpflichtig wird. Der Preuß. Entwurf Art. 280 zum ADH. hatte die strengere Folge angedroht, daß der Kommissionär im Unterlassungsfall sich auf den mangelhaften Zustand des Guts gegen den Kommittenten nicht berufen könne. Dies wurde jedoch als zu hart abgelehnt (P. 694, 1190); mithin darf § 377 nicht entsprechend auf diesen Fall angewendet werden (ROH. 21 147). Übersendet z. B. der Kommittent dem Verkaufskommissionär Ware, die bereits bei der Absendung mangelhaft war, so haftet der Kommissionär für etwaigen durch Unterlassung der Benachrichtigung und Verkauf entstehenden Schaden nicht nach § 388 Abs. 1, sondern nur möglicherweise nach § 384 Abs. 2. Ebenso braucht z. B. der Einkaufskommissionär, wenn er die Rechte gegen den Beförderer gewahrt, aber die Benachrichtigung unterlassen hat, dem Kommittenten keine mangelfreie, sondern nur die empfangene mangelhafte Ware herauszugeben. Sowohl Verkaufs- wie Einkaufskommissionär verlieren daher durch Verstoß gegen § 388 Abs. 1 nicht auch das Recht, gegen den Kommittenten sich auf den mangelhaften Zustand des Guts zu berufen (ROH. 21 147, OLG. Hamburg 17 IV 88 ZHR. 38 229). Der im Fall des § 388 Abs. 1 zu ersetzende Schaden besteht höchstens in dem Wert der verlorenen Ansprüche an den Beförderer; erheblich für die Schadenshöhe ist daher, außer falls Kommittent oder Kommissionär Deckung in Händen haben, ob der Beförderer zahlungsfähig ist (P. 694, 1190). — Über den Fall des Selbsteintritts des Verkaufskommissionärs vgl. § 400 Anm. III h. Im Fall einer Einkaufskommission, die beiderseitiges Handelsgeschäft ist, verliert unter Umständen der Kommittent seine nach § 388 Abs. 1 begründeten Ansprüche gegen den Kommissionär durch Unterlassen rechtzeitiger Rüge (§ 391).

II. **Drohen von Verderb oder Entwertung (§ 388 Abs. 2).**

a. **Gut.** Hierunter ist, wie in Abs. 1, jede Art von „Kommissionsgut" (oben Anm. I a 1, § 397 Anm. I a) verstanden. „Das Gut" in Abs. 2 verweist aber nicht auch mit zurück auf die Worte „welches dem Kommissionär zugesendet ist" (vgl. § 390 Anm. IV a; ebenso Lehmann Nr. 10; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. III 1). Der Abs. 2 bezieht sich daher z. B. auch auf dasjenige Kommissionsgut, das dem Kommissionär von einem anderen (Kommittenten oder dritten Verkäufer) unter Anwesenden übergeben worden ist, sei es am Niederlassungssitz des ersteren, sei es an dem des letzteren.

b. **Verderb oder Entwertung drohend.**

1. Verderb. Über den Begriff „dem Verderb ausgesetzt" vgl. § 373 Anm. XIV b 1. Von jenem Begriff unterscheidet sich derjenige der zu „befürchtenden Entwertung des Guts" dadurch, daß in ersterem Fall eine Eigenschaft der ganzen Warengattung, im zweiten eine Eigenschaft der betreffenden Ware vorausgesetzt ist (abweichend Lehmann Nr. 8). Eine „dem Verderb ausgesetzte" Ware darf verkauft werden bereits, bevor im Einzelfall die zu erwartenden Veränderungen am Gut eingetreten sind.

2. Entwertung. Nicht jede drohende Entwertung ist erheblich nach § 388 Abs. 2, sondern nur die, welche zu befürchten ist, weil „später Veränderungen an dem Gute eintreten". Gemeint sind nur solche Wertsminderungen, die in dem Stoff des Guts selbst ihren Grund haben, nicht auch solche, die aus einer Änderung der Marktlage drohen (P. 1191); für letztere Fälle greift BGB. § 665 ein (§ 385 Anm. I). „Später" enthält den Gegensatz zu dem in Abs. 1 berücksichtigten Zeitpunkt der Ablieferung. War schon vor der Ab

lieferung eine entwertende Veränderung am Gut eingetreten, so liegt die Voraussetzung des § 388 Abs. 2 nur vor, wenn auch nach der Ablieferung die entwertende stoffliche Veränderung in fortgehender Entwicklung weiter um sich greift (ROH. 4 2). Aber auch, wenn die entwertende Veränderung erst nach der Ablieferung eintritt, gibt sie nicht dann ein Verkaufsrecht, wenn mit dem Eintreten der Veränderung die Entwertung zugleich abgeschlossen, sondern nur dann, wenn eine weitere Entwertung für die Zukunft zu „befürchten" ist. Ebenso, wie unter „Verderb" eine erhebliche Verschlechterung (§ 373 Anm. XIVb 1), ist auch unter „Entwertung" eine erhebliche Wertminderung mitbegriffen.

c. **Keine Zeit zur Einholung der Verfügung des Kommittenten oder Säumigkeit des Kommittenten in Erteilung der Verfügung.**

1. „Keine Zeit vorhanden, die Verfügung des Kommittenten einzuholen". Dies Merkmal ist inhaltlich dasselbe wie das in BGB. § 665 genannte, daß „mit dem Aufschube Gefahr verbunden". Hat der Kommittent trotz Kenntnis von dem eingetretenen Zustand der Ware eine bestimmte Weisung erteilt, so ist der Kommissionär daran gebunden, selbst wenn er deren Befolgung als dem Kommittenten schädlich erachtet (§ 384 Anm. III).
2. „Ist der Kommittent in der Erteilung der Verfügung säumig." Unter diesen Worten ist der Fall zu verstehen, daß zwar bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang Zeit vorhanden ist, die Verfügung des Kommittenten einzuholen, und infolgedessen der Kommissionär auch tatsächlich den Kommittenten um Verfügung ersucht, dessen Verfügung aber nicht so zeitig eingeht, wie bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang zu erwarten war. Der § 388 Abs. 2 ist daher anwendbar sowohl, wenn die verspätete Absendung der Verfügung unverschuldet ist, wie auch, wenn trotz Nichtsäumigkeit des Kommittenten die rechtzeitig abgesendete Verfügung zufällig nicht angekommen ist. Dem Fall der Säumnis steht ferner der Fall einer im voraus erklärten Verfügungsweigerung gleich (ROH. 19 256, Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. Ic). Ebenso der Fall der Erteilung einer dem Recht des Kommissionärs widerstreitenden und daher unzulässigen Verfügung bei gleichzeitiger Säumnis mit Erteilung einer zulässigen Verfügung. Eine allgemeinere Bestimmung über den Fall der Säumigkeit des Kommittenten ist in § 389 enthalten; sie deckt den Fall des § 388 Abs. 2 nicht, weil in letzterem der Kommittent zwar berechtigt aber nicht notwendig verpflichtet zur Erteilung der Verfügung ist.

d. **Verkaufsrecht.** Liegt außer einer der zu b genannten Voraussetzungen gleichzeitig auch eine der zu c aufgeführten vor, so „kann der Kommissionär den Verkauf des Gutes nach Maßgabe der Vorschriften des § 373 bewirken". Der § 388 Abs. 2 gibt dem Kommissionär also nur ein Recht (vgl. § 379 Anm. IIIa). Das Gesetz gibt dies Recht vornehmlich, um den Kommittenten vor Schaden zu schützen; dennoch ist der Beweggrund unerheblich, aus dem der Kommissionär es im Einzelfall ausübt; auch wenn er lediglich sein eigenes Interesse im Auge hat, darf er es ausüben, sofern die in § 388 Abs. 2 bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Darüber, ob im Einzelfall etwa auch eine Verkaufspflicht des Kommissionärs besteht, ist nichts bestimmt; in den regelmäßigen Fällen wird eine solche aus der allgemeinen Verpflichtung des Kommissionärs folgen, das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen (§ 384 Anm. IIa, § 385 Anm. I, ROH. 19 256); doch kann diese Verpflichtung nie zur Notwendigkeit der Einhaltung der in § 373 vorgeschriebenen Förmlichkeiten führen. Der § 388 Abs. 2 gibt abweichend von § 389 nur das Recht des Verkaufs, nicht auch das der Hinterlegung. Er läßt etwaige gleichzeitig aus anderem Rechtsgrund bestehende Verkaufsrechte unberührt; so z. B. ein Recht zum Verkauf gemäß § 389 nach Maßgabe der Vorschriften über den Pfandverkauf (ROH. 5 293), ein Recht zum Verkauf als Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 379 Anm. IIIa). — Die Anwendung des § 373 führt zur Entbehrlichkeit einer vorgängigen Verkaufsandrohung nur für den Fall des Vorliegens der Voraussetzungen zu b 1 und c 1 und bei ausdehnender Auslegung (deren Zulässigkeit wohl zu bejahen ist) auch für den Fall des Vorliegens der Voraussetzungen zu b 2 und c 1, nicht aber auch für den Fall zu c 2 (abweichend Lehmann Nr. 11).

§ 389.

Verfügungssäumnis des Kommittenten.

Unterläßt der Kommittent über das Gut zu verfügen, obwohl er dazu nach Lage der Sache verpflichtet ist, so hat der Kommissionär die nach § 373 dem Verkäufer zustehenden Rechte.

ADH. Art. 366 Abs. 2. **Entw. I** § 361. **Entw. II** § 381.

I. **Unterlassen der Verfügung über das Gut seitens des Kommittenten.** Ob das Unterlassen verschuldet ist oder nicht, ist unerheblich. Liegt Verzug vor, so greifen neben § 389 auch die allgemeinen Bestimmungen über Leistungsverzug (§ 383 Anm. XI f) oder Annahmeverzug Platz, je nachdem, ob ersterer oder letzterer im Einzelfall gegeben ist. Der Fall eines „Unterlassens der Verfügung" liegt wohl auch dann vor, wenn der Kommittent zwar eine Verfügung trifft, aber eine solche, die der Kommissionär sich nicht gefallen zu lassen braucht, und deren Befolgung letzterer daher ablehnt. So z. B., wenn der Kommittent, trotz seiner etwa bestehenden Verpflichtung zur Befriedigung des Kommissionärs Zug um Zug gegen Herausgabe der Ware, den Kommissionär anweist, mit Herausgabe vorzuleisten. — Das Unterlassen muß über den Zeitpunkt hinaus andauern, an dem bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang das Eintreffen der Verfügung zu erwarten war. Auch wenn das Verfahren aus § 373 bereits eingeleitet ist, macht das nachträgliche Eintreffen der Verfügung die Fortsetzung des Verfahrens unzulässig, solange der Verkauf bezw. die Hinterlegung noch nicht vollendet ist. — „Gut" vgl. § 388 Anm. I a 1.

II. **Bestehende Verpflichtung des Kommittenten zur Verfügung.** Ob eine solche Verpflichtung vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls, von der „Lage der Sache", ab. In der Regel wird eine solche Verpflichtung bestehen z. B., wenn der Einkaufskommissionär die eingekaufte Ware empfangen hat, oder wenn die Verkaufskommission bezüglich der dem Kommissionär übergebenen Ware sich durch Unmöglichkeit der Ausführung, Widerruf, oder aus anderen Gründen erledigt hat (P. 750). Über den Fall, daß der Kommittent zur Verfügung nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt ist, vgl. § 388 Anm. II c.

III. **Der Kommissionär hat die nach § 373 dem Verkäufer zustehenden Rechte.** Er hat mithin sowohl das Recht der Hinterlegung wie auch das Recht des Selbsthilfeverkaufs (D. 235, OTr. 44 82), beides bei Beobachtung der in § 372 enthaltenen näheren Vorschriften. Daneben bleiben, wenn gleichzeitig Annahmeverzug des Kommittenten vorliegt, die im BGB. zugelassenen Rechtsbehelfe zulässig (vgl. § 374). Über den Fall des gleichzeitig vorliegenden Leistungsverzugs des Kommittenten vgl. § 383 Anm. XI f. Auch können im Einzelfall neben § 389 die Rechtsbehelfe der §§ 397 ff. in Betracht kommen.

§ 390.

Verwahrung, Versicherung.

Der Kommissionär ist für den Verlust und die Beschädigung des in seiner Verwahrung befindlichen Gutes verantwortlich, es sei denn, daß der Verlust oder die Beschädigung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnten.

Der Kommissionär ist wegen der Unterlassung der Versicherung des Gutes nur verantwortlich, wenn er von dem Kommittenten angewiesen war, die Versicherung zu bewirken.

ADH. Art. 367. **Entw. I** § 362. **Entw. II** § 382.

I. **Verlust und Beschädigung.**

a. **Verlust.** Unter „Verlust" ist nicht nur die Vernichtung der Sache, sondern auch deren Abhandenkommen mitbegriffen (Planck[3] § 255 Anm. 1), z. B. ein Abhandenkommen infolge Verkaufs durch einen Nichtberechtigten an einen Gutgläubigen oder durch Diebstahl (KG. 26 V 98 KGBl. 54), durch obrigkeitliche Einziehung, durch Veruntreuung seitens des Kommissionärs (ROH. 15 30), durch Wegnahme infolge erfolgreicher Eigentumsklage eines Dritten (Bolze 16 Nr. 398) oder durch freiwillige (unberechtigte) Veräußerung seitens des Kommissionärs an einen Dritten (ROH. 8 332, 15 30: Versteigerung durch den Frachtführer). Zum Begriff des Verlustes gehört nicht das Nichtwissen in betreff des Verbleibs des Guts, sondern es genügt die Unmöglichkeit der Herausgabe, gleichgültig worin diese Unmöglichkeit ihren Grund hat (ROH. 4 14). Verlust für den Versender bezw. Absender liegt daher z. B. auch in unbefugter Aushändigung des Guts durch den Spediteur oder Beförderer an den richtigen Empfangsbezeichneten, wenn letzterer die Rückgabe weigert (OLG. Hamburg 21 III 04 OLGRspr. 9 277) oder in Aushändigung an einen anderen als den Empfangsbezeichneten, der es nicht alsbald zurückgibt (ROH. 4 14, RG. 17 V 02 EisenbEntsch. 19 145). Kein Verlust ist jedoch die nur ganz vorübergehend bestehende Unmöglichkeit der Herausgabe; nicht jede Nichtherausgabe ist bereits Verlust (ROH. 7 56). Verlust liegt auch dann vor, wenn das mit dem Schiff gesunkene Gut zwar demnächst gehoben und geborgen ist, dies aber nicht seitens des Kommissionärs geschehen ist, so daß dieser nicht in der Lage ist, das Gut seinerseits zurückzuliefern (RG. 49 93). Dem Fall des Verlusts gleich steht die Unfähigkeit des Ausstellers eines Verfügungspapiers, etwas auszuhändigen, auch dann, wenn diese Unfähigkeit darauf beruht, daß er nichts erhalten hat (RG. 46 7). Kein Verlust, sondern Beschädigung ist die vollständige Entwertung des noch vorhandenen Guts (ROH. 17 80). Auch der vorsätzlich seitens des Kommissionärs herbeigeführte Verlust ist ein Verlust (§ 414 Abs. 4). — Sowohl Verlust des Ganzen wie Verlust eines Teils kann in Betracht kommen; unerheblich ist, daß § 390 (wie auch §§ 429, 456, 459 Nr. 2, 4, §§ 461—463, 465) von der Fassung der §§ 414, 423 (Satz 1 „Verlust" = Satz 2 „gänzlicher Verlust"), 438, 439 abweicht, wo Teilverlust als „Minderung" besonders neben „Verlust" erwähnt ist. — Über die Unterscheidung zwischen Vollverlust und Teilverlust vgl. 414 Anm. I b 1.

b. **Beschädigung.** Hierunter ist nicht nur eine Verschlechterung verstanden, die durch eine äußere, außergewöhnliche Einwirkung auf das Gut entsteht, sondern auch z. B. „Rost" und „innerer Verderb" (§ 459 Nr. 4, ROH. 17 80). Nur eine Verschlechterung des Stoffs, aus dem das Gut besteht, ist mitbegriffen. So z. B. auch Aufnahme eines schlechten Geruchs von anderen beigelagerten Waren (RG. 60 45). Nicht auch eine Entwertung aus anderen Gründen, z. B. die Wertminderung einer Ware durch inzwischen eintretende Änderung der Mode (dagegen ROH. 20 348), einer Wechselforderung durch Unterlassung des Protestes, Verwirkung einer Vertragsstrafe infolge unterlassener Einzahlung auf Anteilrechte, Verfall von Losgewinnen durch Nichterhebung (Staub Anm. 4). Das Vorhandensein einer Beschädigung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie beseitigbar ist; so ist z. B. beschädigt Hopfen, der naß geworden ist, so daß er, wenn auch nur vorübergehend, zum Gebrauch für den Empfänger nicht geeignet ist und noch einer Behandlung durch Auseinandernehmen und Trocknen bedarf (Bolze 5 Nr. 625). Bei körperlich teilbaren, aber wirtschaftlich unteilbaren (§ 377 Anm. IV c 4) Gegenständen liegt in der Beschädigung oder dem Verlust eines Teils zugleich eine Beschädigung des Ganzen (ROH. 15 374, RG. 15 134). — Über das gegenseitige Verhältnis der Begriffe „Beschädigung" und „Mangelhaftigkeit" vgl. § 388 Anm. I b. — In den Bestimmungen über Seeversicherung hat „Beschädigung" eine scheinbar abweichende Bedeutung und umfaßt (§ 851) auch Fälle von Ganz- oder Teilverlust, dann nämlich, wenn die schadenbringende Ursache die Ware zunächst nicht vernichtet, sondern nur angreift, aber durch die unbehinderte Dauer der Einwirkung dann dennoch zum Verlust führt (RG. 56 403). Der Unterschied liegt aber wohl nicht im Begriff „Beschädigung", sondern darin, ob die betreffende Gesetzesvorschrift auf den Zeitpunkt des Beginns der schädlichen Einwirkung zielt (so z. B. § 851) oder auf einen späteren Zeitpunkt, z. B. den der Ablieferung (so z. B. § 429).

II. **In Verwahrung des Kommissionärs befindliches Gut.**

a. **Gut.** Vgl. § 388 Anm. I a 1. Auch für § 390 ist unerheblich, wer Eigentümer des Guts ist. Selbst wenn der Kommissionär noch Eigentümer des auf Grund einer Einkaufskommission eingekauften und in seinen Besitz gelangten Guts ist, greift daher § 390 Platz (dagegen ROH. 19 79); auch in diesem Fall ist die Verantwortlichkeit nicht gegenstandslos, da alles für Rechnung des Kommittenten geht.

b. **In Verwahrung.** Dies Wort ist übernommen aus ADH. Art. 367 „während er Aufbewahrer desselben ist“; bei Zugrundlegung des Sprachgebrauchs des BGB. müßte es in § 390 vielmehr heißen „im unmittelbaren Besitz“, denn § 390 bestimmt nicht über den Verwahrungsvertrag (vgl. § 416 Anm. II b 2), sondern setzt voraus, daß aus dem Kommissionsvertrag eine Schadenverhütungs- und Aufbewahrungspflicht (§ 379 Anm. II a 1, 2) bezüglich des in den unmittelbaren Besitz des Kommissionärs gelangten Kommissionsguts folgt, und regelt den näheren Umfang dieser Pflicht. Die in § 390 geordnete Verantwortlichkeit des Kommissionärs greift daher einerseits nicht Platz, wenn dem Kommissionär Ware in Erwartung des Zustandekommens eines Kommissionsvertrags zugesendet, der Kommissionsvertrag aber noch nicht abgeschlossen ist (für diesen Fall vgl. § 362 Abs. 2), andererseits nicht, sobald der bisherige Kommissionsvertrag abgewickelt ist, z. B. durch Eingehung eines Verwahrungsvertrags bezüglich der eingekauften Ware oder des eingekauften Wertpapiers (für diesen Fall vgl. BGB. §§ 276 ff., 690) oder auch durch Selbsteintritt. Dagegen ist § 390 anwendbar auch nach Endigung des Kommissionsvertrags, wenn nur der fortdauernde Besitz auf den früheren Kommissionsvertrag sich gründet (Düringer-Hachenburg Anm. II 1); so z. B., wenn nach Endigung des Kommissionsvertrags der Pfandbesitz des Kommissionärs fortdauert, ohne daß (BGB. § 300) der Kommittent sich im Annahmeverzug (BGB. § 298) befindet. Die Verantwortlichkeit aus § 390 besteht nur so lange (ROH. 19 79), wie der Kommissionär unmittelbarer Besitzer ist.

III. **Verantwortlichkeit** des Kommissionärs.

a. **Inhalt.** Die Worte „ist verantwortlich“ sind gleichbedeutend mit „hat einzustehen“ (§ 347 Anm III b) und „hat zu vertreten“ (BGB. § 276). Sie bezeichnen die Schandensersatzpflicht. Diese besteht im Fall des Verlusts in der Pflicht zum Ersatz des vollen Werts gegen Abtretung etwaiger Ansprüche des Kommittenten gegen Dritte (BGB. § 255). Ergibt sich ein Verschulden beider Teile, sowohl des Kommittenten wie des Kommissionärs, so ist BGB. § 254 maßgebend. Der Kommissionär wird von seiner selbständigen Verantwortlichkeit für die Aufbewahrung nicht schon dadurch frei, daß der Kommittent Kenntnis von der Art der Aufbewahrung erlangt hat, ohne sofort Widerspruch zu erheben (RG. 13 VII 01 JW. 655[15]). — Neben der in § 390 bestimmten Rechtsfolge können unter Umständen auch andere eintreten; so hat z. B. unter Umständen der Kommittent die Rechte aus BGB. §§ 1217, 1218 (BGB. § 1257, HGB. § 397).

b. **Beweislast.**

1. Grundsatz. Der § 390 bestimmt die sachlichen Grenzen der Verantwortlichkeit des Kommissionärs; der Abs. 1 enthält außerdem die Regelung der Beweislast dahin, daß — abgesehen vom Fall unterlassener Versicherung — der Kommittent nur zu beweisen braucht, Verlust oder Beschädigung sei während der „Verwahrungs“-Zeit eingetreten, und daß dem Kommissionär der Gegenbeweis („es sei denn“) offen steht, Verlust oder Beschädigung beruhe auf Umständen, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347 Anm III a) nicht abgewendet werden konnten.
2. Beweispflicht des Kommittenten. Der Kommittent erfüllt die ihm zunächst obliegende Beweispflicht, wenn er dartut, daß das Gut in voller Menge und unbeschädigt in den Besitz des Kommissionärs gelangt ist; letzterer muß dartun entweder, daß er es gleichfalls in voller Menge und unbeschädigt aus seinem Besitz entlassen, oder, daß er etwaige Beschädigung nicht habe abwenden können (ROH. 8 199).
3. Beweispflicht des Kommissonärs. Den Kommissionär schützt nicht die allgemeine Behauptung, er habe die gehörige Sorgfalt angewendet; vielmehr hat er darzutun, daß der Schade nicht durch einen von ihm zu vertretenden Umstand entstanden ist (strenger D. 250, er

habe positiv darzutun „daß der Schaden durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand entstanden sei"). Sache des Kommissionärs ist es insbesondere, die Umstände soweit möglich darzulegen, infolge deren der Schaden eingetreten ist (D. 257, ROH. **19** 214). Dagegen braucht er weder ausdrücklich Beweis dafür anzutreten, daß aus diesen Umständen die Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns hervorgeht, noch besonders nachzuweisen, daß auch keine Handlungen oder Unterlassungen seinerseits vorausgegangen sind, durch die er das Kommissionsgut der Schadensursache ausgesetzt hat oder durch die er an deren Beseitigung oder Abschwächung gehindert worden ist (ROH. **19** 215). Immerhin muß er dartun, daß mit Bezug auf jene Umstände ihm kein Verschulden zur Last fällt (D. 257).

4. Nichtfeststellbarkeit der Schadensursache. Ist unbekannt, in welcher näheren Weise das schädigende Ereignis gewirkt hat, so hat der Kommissionär den obliegenden Beweis erbracht, wenn er im allgemeinen nachweist, daß er in Aufbewahrung der Sachen bis zu Ende sorgfältig verfahren ist; liegen aber bestimmte Tatsachen vor, die den Kommissionär belasten, so muß er ferner beweisen, daß jene ihn belastenden Tatsachen unmöglich in ursächlichem Zusammenhang mit der Schadenszufügung gestanden haben können (RG. **11** 134). Bleibt die Ursache des schadenbringenden Ereignisses zwar unaufgeklärt, wird aber doch festgestellt, daß keine der mehreren möglichen Ursachen abwendbar durch Sorgfalt eines ordentlichen Kommissionärs war, so ist der zugelassene Gegenbeweis geführt (RG. 17 IX 98 JW. 577[23]). Zu einer Feststellung der wahrscheinlichen Ursache bedarf es nur desjenigen Grads von Wahrscheinlichkeit, bei dem man sich bei Beantwortung von Beweisfragen überhaupt genügen lassen muß: entfernte, durch die Umstände nicht angezeigte Möglichkeiten sind nicht mit in Betracht zu ziehen (RG. aaO.).

5. Erhebt der Kommittent bestimmte Vorwürfe, so darf der Kommissionär sich zunächst auf Widerlegung dieser Vorwürfe beschränken (ROH. **8** 201, **12** 386).

6. Höhere Gewalt und Schadenszufügung durch Dritte. Im Fall höherer Gewalt (RG. **21** 18) ist der Kommissionär nur dann von Verantwortlichkeit frei, wenn er beweist, daß die Gewalt als eine höhere bis zur Vollendung der Schadenszufügung angedauert hat; ist z. B. durch Blitz der verlustbringende Brand entstanden, so muß er beweisen, daß er den Brand nicht löschen konnte (P. 695). Diebstahl mit Knebelung des Wächters entschuldigt den Kommissionär nicht, wenn nach den Umständen Bewachung durch mehr als eine Person angebracht war (ROH. **20** 124). Diese Regelung der Beweislast stimmt mit der aus § 384 Abs. 1 abzuleitenden (§ 384 Anm. I c) überein (Str. **45** 167, ROH. **10** 190, **19** 214).

7. Verschulden des Kommittenten oder Eigenschaft des Guts. Der Kommissionär kann den Gegenbeweis z. B. auch in der Weise führen, daß er dartut, der verlust- oder schadenbringende Umstand sei auf Verschulden nur des Kommittenten oder seiner Leute zurückzuführen (P. 4704), oder der rechtzeitig von der Gefahr benachrichtigte Kommittent habe die Sicherungsmaßregeln selbst in die Hand genommen unter Ausschließung einer Mitwirkung des Kommissionärs, dieser sei also für mehr als bloße Verwahrung nicht verantwortlich (ROH. **12** 109), oder der Schaden würde auch ohne das schuldhafte Verhalten des Kommissionärs eingetreten sein (BGB. § 249 Satz 1, ROH. **2** 358, **7** 218, **12** 382), oder der Verlust des Guts sei infolge erlaubter Veräußerung durch den Kommissionär erfolgt (ROH. **11** 293), oder er sei eine Folge der natürlichen Beschaffenheit des Guts, z. B. bei Selbstentzündung (RG. **15** 147), unabwendbar trotz etwaiger Sorgfalt.

IV. **Versicherung des Guts.**

a. **Gut.** Vgl. § 388 Anm. I a 1. „Des" in Abs. 2 verweist nicht auf „in seiner Verwahrung befindlichen" in Abs. 1 zurück (vgl. § 388 Anm. II a). Der Abs. 2 setzt mithin nicht notwendig voraus, daß das Gut „in Verwahrung" (d. h. in unmittelbarem Besitz, oben Anm. II b) des Kommissionärs sich befindet, erstreckt sich daher z. B. auch auf das seitens des Kommissionärs mittels Beauftragung eines Dritten versendete und auf Versendung befindliche Kommissionsgut.

b. **Versicherung.** Hierunter sind alle Arten von Versicherung verstanden; nicht nur Feuerversicherung, sondern z. B. auch Versicherung gegen Überschwemmung der Lagerräume (P. 1191)

und Einbruchsversicherung. Auch Seeversicherung (P. 1191) und sonstige Beförderungsversicherung (RG. 28 143). Indessen nach RG. 28 143 nicht diejenigen, die nur Nebenabreden eines anderen Vertrags, insbesondere des Frachtvertrags, sind, und bei denen der Versicherer die Haftung für unabwendbare Zufälle ausschließt, wie z. B. die Wertangabe beim Frachtvertrag oder Post-Versendungsvertrag; vielmehr sei in letzterem Fall nur die allgemeine Vorschrift des § 384 Abs. 1 maßgebend.

c. **Hat der Kommittent dem Kommissionär angewiesen, die Versicherung zu bewirken,** so ist dieser dafür verantwortlich, daß dies geschieht, d. h. (oben Anm. III a) er hat Vorsatz und Fahrlässigkeit, aber nur diese beiden, zu vertreten. So z. B. bei Auswahl der Versicherungsgesellschaft (ROH. 25 73), bei Bemessung der Höhe der Versicherungssumme und der näheren Bedingungen des Versicherungsvertrags (vgl. ROH. 21 172), bei Schnelligkeit in Herbeiführung des Beginns der Versicherung. Insoweit in diesen Beziehungen keine bestimmte Weisung des Kommittenten vorliegt, hat der Kommissionär nach eigenem Ermessen unter Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns Bestimmung zu treffen, indem er als vermutlichen Willen des Kommittenten unterstellt, daß die Versicherung in der für derartige Waren geschäftsüblichen Weise, also im Zweifel unter den allgemeinen Versicherungsbedingungen und für die hiernach zu bemessende Prämie erfolgen solle (RG. 6 115, Bolze 19 Nr. 465, OLG. Hamburg 17 X 91 ZHR. 40 532). Die Beweisregel des Abs. 1 ist zwar nicht unmittelbar anwendbar — denn Abs. 2, wiewohl er das Gebiet der Regel des Abs. 1 einschränkt, steht selbständig neben Abs. 1, da Abs. 2 über den Kreis der durch Abs. 1 geregelten Fälle hinausgreift (oben Anm. IV a) —, aus allgemeinen Grundsätzen folgt aber ohnedies, daß der Kommissionär sein sorgfältiges Verhalten zu beweisen hat (ROH. 25 73, § 384 Anm. I c, § 390 Anm. III b). Der Kommissionär darf im Zweifel auch bei sich selbst versichern, wenn er die genügende Sicherheit bietet (Düringer-Hachenburg Anm. V d). — Ob im Einzelfall eine Weisung, zu versichern, erteilt worden, ist Tatfrage. Auch stillschweigende Erteilung genügt (ROH. 7 361). Eine solche stillschweigende Erteilung wurde angenommen in einem Fall, in welchem der Versender den Speditör um Angabe der Speditionsprovision einschl. Versicherungsgebühr ersucht, letzterer diese Angabe gemacht hatte und darauf der Speditionsauftrag erteilt war (Bolze 8 Nr. 436). — Die Verpflichtung des Kommissionärs, gemäß der Weisung zu versichern, reicht nicht weiter als bei anderen Weisungen; auch in ersterem Fall bleibt daher z. B. BGB. § 665 unberührt (§ 384 Anm. III, § 385 Anm. I). Dagegen kann neben der in § 390 Abs. 2 geordneten „Verantwortlichkeit“ des Kommissionärs (d. h. dem Recht des Kommittenten auf Schadensersatz) nicht auch das in § 385 Abs. 1 Halbs. 2 geordnete Recht des Kommittenten in Betracht kommen, das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen; denn die letztere Bestimmung ist einzuschränken auf den Fall der Weisungswidrigkeit bei Abschluß des Ausführungsgeschäfts (§ 385 Anm. II b).

d. **Hat der Kommittent dem Kommissionär keine Weisung betreffs Versicherung erteilt,** so ist der Kommissionär selbst dann nicht verpflichtet, die Versicherung zu bewirken, wenn jeder ordentliche Kaufmann sie vorgenommen hätte (P. 1205). D. 235 bemerkt: „Den Kommissionär und Speditör allgemein zur Versicherung zu verpflichten ist nicht angängig, zumal es sich oft um eine nur vorübergehende, kurze Zeit dauernde Aufbewahrung handelt. Bei dem Speditör kommt noch besonders in Betracht, daß derselbe vielfach schon wegen mangelnder Kenntnis des Wertes der Ware gar nicht in der Lage ist, die Versicherung zu bewirken.“ Auch ohne Weisung wird jedoch der Speditör als verpflichtet zur Bewirkung der Versicherung zu erachten sein, wenn er, ohne daß der Kommittent hiervon Kenntnis hatte, sich eines Frachtführers bedient, der dem Speditör gegenüber seine gesetzliche Haftung für Verlust oder Beschädigung erheblich einschränkt (vgl. KG. 29 XI 02 KGBl. 03 35). — Ob der Kommissionär berechtigt sei, ohne Weisung des Kommittenten zu versichern und die Versicherungskosten selbst dann unter dem Gesichtspunkt einer auftraglosen Geschäftsführung anzurechnen, wenn der Ware demnächst kein Unfall zugestoßen ist, wurde in der Nürnberger Konferenz absichtlich unentschieden gelassen (P. 1205). Die Frage ist dahin zu entscheiden, daß § 390 Abs. 2 einen etwa im Einzelfall aus den Regeln über auftraglose Geschäftsführung herleitbaren Anspruch auf Ersatz der Kosten auftragloser Versicherung unberührt läßt. In der

Regel besteht daher ein solcher Anspruch (BGB. § 683, Str. 43 284, vgl. ROH. 7 361); nicht jedoch z. B., wenn der Kommittent die Versicherung untersagt hatte oder wenn der Kommissionär die Versicherung in der Meinung genommen hat, sein eigenes Geschäft zu besorgen. Dadurch, daß der Kommittent dem Kommissionär Mitteilung von der erfolgten Versicherung macht, wird letzterer weder von seiner Verantwortlichkeit (oben Anm. III) frei, noch daran verhindert, seinerseits das Gut zu versichern (OLG. Dresden 5 V 91 ZHR. 40 533).

e. **Rechtsverhältnis des Versicherungsnehmers für fremde Rechnung zur Versicherungsgesellschaft.** Hierfür sind die Grundsätze des Versicherungsrechts maßgebend (vgl. Entw. VersicherungsVertragsG. §§ 74—80); diese sind für die vorliegende Frage zum Teil andere bei Seeversicherung als bei Binnenversicherung (RG. 35 52). Bei letzterer liegt in einer Versicherung des Guts seitens des Kommittenten und seitens des Kommissionärs keine unzulässige Doppelversicherung; ersterer versichert sein Eigentumsinteresse, letzterer sein besonderes, aus seiner Haftung gegenüber dem Kommittenten sich ergebendes Interesse (RG. 35 56, OLG. Dresden 5 V 91 ZHR. 40 533).

§ 391.

Untersuchungs- und Anzeigepflicht des Einkaufskommissionärs.

Ist eine Einkaufskommission ertheilt, die für beide Theile ein Handelsgeschäft ist, so finden in Bezug auf die Verpflichtung des Kommittenten, das Gut zu untersuchen und dem Kommissionär von den entdeckten Mängeln Anzeige zu machen, sowie in Bezug auf die Sorge für die Aufbewahrung des beanstandeten Gutes und auf den Verkauf bei drohendem Verderbe die für den Käufer geltenden Vorschriften der §§ 377 bis 379 entsprechende Anwendung. Der Anspruch des Kommittenten auf Abtretung der Rechte, die dem Kommissionär gegen den Dritten zustehen, von welchem er das Gut für Rechnung des Kommittenten gekauft hat, wird durch eine verspätete Anzeige des Mangels nicht berührt.

ADH. — **Entw. I** § 363. **Entw. II** § 383.

I. Einkaufskommission, die beiderseitiges Handelsgeschäft.
 a. Einkaufskommission.
 b. Beiderseitiges Handelsgeschäft.
II. Entsprechende Anwendung der §§ 377—379.
 a. Sachmängel (§ 377).
 b. Abweichung in Gattung oder Menge (§ 378).
 c. Aufbewahrungspflicht und Notverkaufsrecht (§ 379).
III. Abtretung der Rechte.

I. Einkaufskommission, die für beide Teile Handelsgeschäft.

a. **Einkaufskommission.** Vgl. § 383 Anm. VIII g. Der § 391 betrifft nicht den Fall, daß der Kommissionär als Selbstverkäufer eintritt; in letzterem Fall greifen bei beiderseitigem Handelsgeschäft die Vorschriften der §§ 377—379 unmittelbar Platz (D. 235). — Bei der Verkaufskommission — abgesehen von etwaigem Selbsteintritt des Kommissionärs als Käufer, in welchem Fall §§ 377—379 unmittelbar anwendbar sind — kommt eine Verpflichtung des Kommissionärs zu sofortiger Untersuchung nicht in Frage, da der Verkaufskommissionär die Ware nicht für eigene Rechnung in Empfang nimmt; es bewendet vielmehr bei der Pflicht zu sorgfältiger Wahrnehmung der Interessen des Kommittenten, insbesondere bei der in § 388 Abs. 1 vorausgesetzten Prüfungspflicht (D. 236). Übersendet der Kommittent dem Verkaufskommissionär eine Ware mit einem dem Kommittent bekannten nichterkennbaren Fehler, ohne diesen zu erwähnen, und verkauft der Kommissionär daraufhin die Ware als fehlerlos, so ist der Kommittent dem Kommissionär zum Ersatz alles dessen verpflichtet, was dieser infolgedessen dem dritten Käufer zahlen oder sonst aufwenden muß (OLG. Colmar 18 III 04 OLGRspr. 9 275).

b. **Beiderseitiges Handelsgeschäft.** Vgl. § 352 Anm. II b 3. Daß für den Kommissionär die Kommission Handelsgeschäft, ist gemeinsame Voraussetzung der §§ 383 ff. (§ 383 Anm. VI c); für den § 391 kommt daher nur hinzu, daß auch der Kommittent ein Kaufmann sein muß, der im Betrieb seines Handelsgewerbes die Einkaufskommission erteilt hat (D. 235).

II. Entsprechende Anwendung der §§ 377—379.

a. Sachmängel (§ 377). Nur die Vorschriften des HGB. § 377, nicht etwa auch die Vorschriften des BGB. über Sachmängel, sind für entsprechend anwendbar erklärt. Der Kommittent hat daher keinesfalls gegen den Kommissionär einen Anspruch auf Wandlung, Minderung oder Ersatzlieferung; der Kommissionär andererseits kann sich nicht auf die Verjährungsvorschriften des BGB. §§ 477 ff. berufen. Über das Recht auf Beweissicherung vgl. CPO. § 488, HGB. § 377 Anm. VIII c.

1. Erstattet der Kommittent rechtzeitig Mängelanzeige, so genügt dies „zur Erhaltung der Rechte" (§ 377 Abs. 4) des Kommittenten gegenüber dem Kommissionär. Welches diese Rechte sind, kann nicht aus §§ 391, 377, muß vielmehr aus anderen Vorschriften abgeleitet werden (§ 377 Anm. VIII b). Beruht die Mangelhaftigkeit der Ware nicht auf Verschulden des Kommissionärs, so bestanden auch vor Ablieferung der Ware an den Kommittenten keine Rechte des letzteren gegen den Kommissionär; in diesem Fall bestehen daher auch nach erfolgter Mängelanzeige keine solche Rechte. Beruht die Mangelhaftigkeit der Ware auf einem Verschulden des Kommissionärs, so ist dieser schadensersatzpflichtig (§ 384 Anm. I c, § 388 Anm. I d): mithin wird durch die Mängelanzeige das Recht auf Schadensersatz erhalten; nicht etwa hat — abgesehen von Weisungswidrigkeit — der Kommittent das Recht, die Rücknahne der Ware durch den Kommissionär zu verlangen (ROH. 20 317). Beruht die Mangelhaftigkeit der Ware darauf, daß der Kommissionär weisungswidrig verfahren ist, so wird durch Mängelanzeige außerdem auch das weitergehende Recht des Kommittenten (§ 385) erhalten, das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen. — Der § 391 bestimmt nur über das Verhältnis des Kommittenten zum Kommissionär. Die Erstattung der Mängelanzeige durch den Kommittenten hat daher keinen Einfluß auf das Verhältnis zum dritten Verkäufer. Über die Verpflichtung des Kommissionärs, die aus der Mangelhaftigkeit der Ware herzuleitenden Rechte gegen den Beförderer zu wahren, vgl. § 388 Anm. I c 1. Über die Fälle, in denen er verpflichtet ist, auch gegenüber dem dritten Verkäufer die Rechte aus nicht vertragsgemäßer Lieferung zu wahren, vgl. § 384 Anm. I b, § 388 Anm. I c 1. Darüber, ob er hierbei Ersatz in Höhe des dem Kommittenten erwachsenen Schadens beanspruchen darf, vgl. § 383 Anm. IX a. Über die Frage, wann der Kommissionär gegenüber dem Dritten rügen muß, wenn er diesen angewiesen hat, unmittelbar an den Kommittenten die Ware zu übersenden, vgl. § 377 Anm. V c, IX c 2.

2. Unterläßt der Kommittent, rechtzeitig in vorgeschriebener Form Mängelanzeige zu erstatten, so „gilt die Ware als" seitens des Kommittenten „genehmigt" (§ 377 Abs. 2, 3), es sei denn, daß der Kommissionär den Mangel arglistig verschwiegen hat (§ 377 Abs. 5). Hieraus folgt, daß — abgesehen vom Fall arglistigen Verschweigens — dann auch derjenige Schadensersatzanspruch des Kommittenten gegen den Kommissionär untergeht, der etwa darauf hätte gegründet werden können, daß der Kommissionär seinerseits nicht rechtzeitig gegenüber dem dritten Verkäufer gerügt, also diesem gegenüber Rechte aus der Mangelhaftigkeit nicht aufrecht erhalten und sich somit schuldhaft außer Stand gesetzt hat, solche Rechte dem Kommittenten abzutreten (ebenso Lehmann Nr. 7, Düringer-Hachenburg Anm. IV b, Stübel SächsArch. **10** 454; dagegen Staub Anm. 3); ebenso der Schadensersatzanspruch, der darauf gegründet werden könnte (§ 388 Abs. 1), daß der Kommissionär trotz Vorliegens eines Sachmangels unterlassen hat, die Rechte gegen Frachtführer oder Schiffer zu wahren (Lehmann Nr. 7). Auch dann gehen durch Unterlassen der Mängelanzeige die etwaigen Rechte des Kommittenten gegen den Kommissionär unter, wenn letzterer seinerseits rechtzeitig gerügt hatte und durch Abtretung den Kommittenten in den Stand setzt, die durch diese Rüge aufrecht erhaltenen Rechte gegen den dritten Verkäufer zu verfolgen. — Die Unterlassung der Mängelanzeige nimmt dem Kommittenten nicht auch Rechte, die ihm gegen den Kommissionär ohne Zusammenhang mit einer Mangelhaftigkeit der Ware zustanden, z. B. nicht den Schadensersatzanspruch wegen Verspätung der Herausgabe oder wegen Nichteinhaltung der Preisbegrenzung.

b. Abweichung in Gattung oder Menge (§ 378). Hat der Kommissionär dem Kommittenten

eine andere als die nach Inhalt des Kommissionsvertrags einzukaufende Ware oder Menge von Waren geliefert, so finden die Vorschriften des § 377 entsprechende Anwendung, außer wenn die gelieferte Ware offensichtlich von der einzukaufenden so erheblich abweicht, daß der Kommissionär die Genehmigung des Kommittenten als ausgeschlossen betrachten mußte. In allen diesen Fällen wird in der Regel weisungswidriges Verhalten des Kommissionärs vorliegen, denn nicht nur die nachträgliche Weisung ist in §§ 384 ff. als „Weisung" bezeichnet (§ 384 Anm. III). Durch rechtzeitige Anzeige erhält sich daher in der Regel der Kommittent die Rechte, die nach § 385 bei Weisungswidrigkeit gegeben sind.

c. **Aufbewahrungspflicht und Notverkaufsrecht des Kommittenten (§ 379).** Beides tritt im Fall jeder Beanstandung der Ware ein, gleichgültig, worauf diese Beanstandung beruht (§ 379 Anm. Ic); beides ist nur gegeben, wenn der Kommissionsvertrag beiderseitiges Handelsgeschäft ist (oben Anm. Ib) und wenn eine seitens des Kommissionärs (oder auf dessen Anweisung) dem Kommittenten „von einem anderen Ort übersendete Ware" (§ 379 Anm. Ib) vorliegt. Ein etwa vorgenommener Notverkauf erfolgt zwar zunächst für Rechnung des Kommissionärs (Verweisung auf § 373 in § 379 Abs. 2); ob er aber schließlich auf dessen Rechnung oder vielmehr auf Rechnung des Kommittenten geht, hängt davon ab, ob der Kommittent das (ihm keineswegs in allen Fällen zulässiger Beanstandung zustehende) Recht geltend macht, das Ausführungsgeschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen (§ 385 Anm. IIc 2), oder ob er sich vielmehr mit einem Schadensersatzanspruch begnügt.

III. **Abtretung der Rechte.** Die Verpflichtung des Kommissionärs, dem Kommittenten die Rechte abzutreten, die dem Kommissionär etwa gegen den dritten Verkäufer zustehen, ist Teil seiner Herausgabepflicht (§ 384 Anm. VI). „Mit dieser Pflicht würde es nicht im Einklange stehen, wenn der Kommissionär, falls er seinerseits Ansprüche wegen der Mangelhaftigkeit der Ware gegen den Verkäufer erheben kann, mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abgeschlossen hat, dem Kommittenten die Abtretung dieser Ansprüche unter Berufung auf die verspätete Mängelanzeige verweigern wollte. Um Zweifel auszuschließen, ist eine solche Weigerung im Entwurf ausdrücklich für unzulässig erklärt" (D. 236). Die Behauptung des Kommittenten, daß Ansprüche des Kommissionärs gegen den Dritten bestehen, genügt, um den Kommissionär zur Abtretung dieser etwaigen Ansprüche zu verpflichten; es bedarf nicht der zuvorigen Feststellung des wirklichen Bestehens dieser Ansprüche (OLG. Hamburg 4 XI 89 ZHR. 40 528). Da § 391 Satz 2 nur bestimmt, daß der anderweit (nämlich durch die allgemeine Herausgabepflicht) begründete Anspruch auf Abtretung „nicht berührt" wird, so besteht dieser Anspruch nicht nur in dem in § 391 erwähnten Fall der „verspäteten" Anzeige, sondern auch im Fall unterlassener Anzeige (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. IVa).

§ 392.

Forderungen aus Kommissionsgeschäften.

Forderungen aus einem Geschäfte, das der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen.

Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten.

ADH. Art. 368. **Entw. I** § 364. **Entw. II** § 384.

I. Für Rechnung des Kommittenten gehende Forderungen des Kommissionärs gegen Dritte.

a. Forderungen. Begriffsbestimmung bei Planck[3] Buch II Vorbem. II.

Auf Sachen ist § 392 nicht entsprechend anwendbar; Abs. 1 kann seinem Inhalt nach nicht in Betracht kommen; bezüglich der in Abs. 2 geordneten Frage gilt für Sachen das Gegenteil des dort Bestimmten (§ 383 Anm. XI g 2).

Auch auf den Fall von Rechten, die nicht Forderungen sind, kann § 392 nicht ausgedehnt werden. So z. B. nicht, wenn der Kommissionär ein für Rechnung des Kommittenten beschafftes Patent auf sich hat umschreiben lassen. So auch nicht, wenn er auf Grund eines für Rechnung des Kommittenten ausgeübten Bezugsrechts einen Gesellschaftsanteil erworben hat, selbst wenn der über den neu erworbenen Gesellschaftsanteil lautende Mitgliedschein dem Kommissionär noch nicht seitens der Gesellschaft ausgeliefert ist.

So insbesondere auch nicht bei dinglichen Ansprüchen (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. IV, Jäger[2] KO. § 43 Anm. 27). Hat z. B. der Einkaufskommissionär einen Gegenstand eingekauft, der sich nicht bei dem Verkäufer C, sondern auf Lager bei D befindet und durch dessen Schuld beschädigt ist, und hat C dem Kommissionär sowohl das Eigentum durch Abtretung des dem C gegen D zustehenden (dinglichen) Herausgabeanspruchs übertragen wie auch seine, des C, Schadensersatzansprüche gegen D aus dem Verwahrungsvertrag abgetreten, und fällt nun der Kommissionär in Konkurs, so hat der Kommittent zwar bezüglich des Schadensersatzanspruchs, aber nicht auch bezüglich des dinglichen Herausgabeanspruchs ein Aussonderungsrecht.

Auf Nebenrechte der Forderung, selbst wenn das Nebenrecht dinglich, ist § 392, insbesondere auch die Unterstellung des Abs. 2 (vgl. BGB. § 401), auszudehnen (ebenso Lehmann Nr. 3).

Die Beschränkung auf Forderungen ist vom gesetzgeberischen Standpunkt unbefriedigend; unbillig ist, daß der Kommittent schlechter stehen soll, wenn die Abwickelung des Ausführungsgeschäfts vorgeschrittener ist, daß er z. B. sein Aussonderungsrecht dadurch verliert, daß die Forderung des Einkaufskommissionärs gegen den Dritten auf Übertragung des Eigentums an der eingekauften Sache erfüllt wird (vgl. auch P. 704, 1198, D. 237).

b. „Aus einem Geschäft, das der Kommissionär abgeschlossen hat." Dies soll dasselbe besagen wie in § 399 (der dem § 392 Abs. 2 entspricht, § 399 Anm. I) die Worte: „welche durch das für Rechnung des Kommittenten geschlossene Geschäft begründet sind". Beide Fassungen verweisen ausschließlich auf Forderungen, die sich auf den Vertrag, auf das seitens des Kommissionärs abgeschlossene Ausführungsgeschäft, gründen und sich gegen den Vertragsgegner des Kommissionärs richten, wie z. B. die Forderung auf Erfüllung, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, auf Wandlung, Minderung, Ersatzleistung oder Schadensersatz wegen Mangelhaftigkeit. Jene Fassung ist aber eine zu enge. Die Bestimmung muß — wegen Gleichheit des gesetzlichen Grunds — auf alle Forderungen aus Kommissionsgeschäften, gleichgültig welchen Rechtsgrunds, ausgedehnt werden, die der Kommissionär für Rechnung des Kommittenten erworben hat, außer (ähnlich Lehmann § 395 Nr. 2) auf diejenigen, die (wie z. B. bei kommissionsweisem Ankauf von Wechseln oder Wertpapieren) nach Art einer Ware Hauptgegenstand des Ausführungsgeschäfts waren. So z. B. auf die nicht aus dem Vertrag, sondern aus ungerechtfertigter Bereicherung abzuleitende Forderung gegen den Vertragsgegner des Ausführungsgeschäfts auf Rückgabe der empfangenen Leistung nach erfolgtem Rücktritt vom Vertrag oder nach vollzogener Wandlung. Aber auch auf Forderungen gegen andere Personen, sei es aus einem anderen Vertrag als dem Ausführungsgeschäft (z. B. Schadensersatzanspruch gegen den Frachtführer anläßlich der Beförderung an den Einkaufskommissionär oder Anspruch gegen die Versicherungsgesellschaft aus einer für Rechnung des Kommittenten genommenen Versicherung) oder aus unerlaubten Handlungen (z. B. Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten aus mutwilliger Beschädigung des beim Einkaufskommissionär lagernden Kommissionsguts). — Der § 392 findet auch dann Anwendung, wenn der Kommissionär Delkredere übernommen hat (P. 724, ROH. 7 21).

II. **Verhältnis des Kommittenten zum Dritten (§ 392 Abs. 1).** Vgl. § 383 Anm. X. Bis zu etwaiger Abtretung der Forderung des Kommissionärs gegen den Dritten bleibt der Kommissionär alleiniger Gläubiger des Dritten. Bis zu dem in BGB. § 407 bezeichneten Zeitpunkt kann daher der Dritte in jeder Weise (also auch durch Aufrechnung) seine Schuld gegenüber dem Kommissionär tilgen (RG. 32 43).

III. **Verhältnis des Kommittenten zum Kommissionär und zu dessen Gläubigern.**

a. **Recht auf Abtretung.** Der Kommittent hat gegenüber dem Kommissionär ein Forderungsrecht auf Abtretung der von diesem anläßlich der Geschäftsbesorgung erlangten Forderungen gegen Dritte (§ 384 Anm. VI, § 391 Anm. III). Auch gegenüber demjenigen Kommissionär, der Delkredere übernommen hat, darf der Kommittent die Abtretung fordern; nur ist er nicht verpflichtet, sich hiermit zu begnügen (ROH. 9 233). Aus § 392 Abs. 2 folgt, daß dies Recht auf Abtretung auch nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Kommissionärs in voller Höhe fortdauert (unten zu b 2). Tatfrage ist, ob der Kommissionär nach Inhalt des Kommissionsvertrags berechtigt ist, die ausstehende Forderung einzuziehen oder über sie anderweit für Rechnung des Kommittenten zu verfügen, solange dieser nicht sein Recht auf Abtretung geltend macht. Macht der Dritte gegen den Kommissionär einen Rechtsstreit anhängig, in dem das Nichtbestehen der Forderung festgestellt werden soll, so ist die dort getroffene Feststellung, daß die Forderung nicht besteht, auch für das Verhältnis des Kommissionärs zum Kommittenten maßgebend, falls letzterer nicht dartut, daß der Kommissionär schuldhaft diesen Ausgang des Rechtsstreits herbeigeführt hat (ROH. 21 311). Über das Recht des Kommissionärs, wegen bestimmter Arten von Gegenforderungen gegen den Kommissionär die Abtretung zu verweigern, vgl. § 399 Anm. IV.

b. **Unterstellung, daß nichtabgetretene Forderungen solche des Kommittenten sind (§ 392 Abs. 2).**

1. Unterstellung. Der § 392 Abs. 2 bestimmt eine Unterstellung (Fiktion) bezüglich der nichtabgetretenen Forderungen. Bezüglich der abgetretenen sagt er trotz seines Wortlauts nichts aus, denn diese „gelten“ nicht nur als, sondern sind Forderungen des Kommittenten. — Die Unterstellung des § 392 Abs. 2 ist dem Kommissionsverhältnis eigentümlich und gilt nicht auch für andere Formen der Geschäftsbesorgung (RG. 1 414) oder der mittelbaren Stellvertretung (RG. 58 277). — Der § 392 Abs. 2 enthält nicht zwingendes Recht, kann vielmehr durch gegenteilige Abrede zwischen Kommittent und Kommissionär außer Kraft gesetzt werden; eine solche Außerkraftsetzung wirkt dann auch zu gunsten der Gläubiger des Kommissionärs.

2. Im Verhältnis zwischen dem Kommittenten oder seinen Rechtsnachfolgern und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern. Nur für dieses Verhältnis gilt die Unterstellung. Nicht auch für das Verhältnis des Kommittenten zum Schuldner des Kommissionärs (oben Anm. II). Ebensowenig für das Verhältnis des Kommittenten zu einem Sonder-Rechtsnachfolger des Kommissionärs. Hat z. B. der Kommissionär, wenngleich widerrechtlich, und wenngleich unter Kenntnis des Dritten vom Bestehen eines Kommissionsverhältnisses (RG. 32 41; vgl. jedoch 32 43), einem Dritten die Forderung abgetreten, so kann der Kommittent nicht den Dritten auf Rückabtretung in Anspruch nehmen, außer wenn auf seiten des Dritten eine unerlaubte Handlung (vgl. § 126 Anm. I f, „Arglist“: RG. 32 43) vorliegt. Anders nur, wenn der Dritte zur Zeit der Abtretung Gläubiger des Kommissionärs war. Denn nicht nur gegenüber den Gläubigern als Gesamtheit, sondern auch gegenüber jedem einzelnen Gläubiger greift die Unterstellung Platz. Nicht nur hat daher der Kommittent im Konkurs des Kommissionärs ein Aussonderungsrecht (D. 236, ROH. 7 23, RG. 32 42, OLG. Dresden 16 XI 86 ZHR. 38 230, KO. §§ 43, 46), sondern er kann ferner außerhalb des Konkurses (ebenso RGSt. 20 363; dagegen RG. 35 57) gegenüber der Pfändung der Forderung durch einen einzelnen Gläubiger des Kommissionärs ein Widerspruchsrecht gemäß CPO. § 771 geltend machen (ROH. 7 25, RG. 32 44, OLG. Celle 27 X 02 OLGRspr. 6 94). Hieran ändert nichts ein etwa bestehendes Laufrechnungsverhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär (Bolze 1 Nr. 952). Teil des Aussonderungsanspruchs des Kommittenten im Konkurs des Kommissionärs ist der auch während des Konkurses fortbestehende Anspruch auf Rechnungslegung (KG. 5 XII 00 OLGRspr. 2 34).

3. Inhalt der Unterstellung. Die Unterstellung geht dahin, daß die bezeichneten Forderungen des Kommissionärs als solche des Kommittenten gelten. Hieraus folgt, daß auch Forderungen, die durch Inhaber- oder Orderpapier verbrieft sind, als Forderungen des Kommittenten selbst dann gelten, wenn das Papier in der Hand des Kommissionärs ist, und selbst dann, wenn das Orderpapier auf den Namen des Kommissionärs lautet (RG. 41 4). Nicht aus jener Unterstellung (dagegen P. 729), sondern aus dem Grundsatz, daß der Kommissionär für Rechnung des Kommittenten handelt (§ 383 Anm. VIf), folgt, daß der Kommittent die Gefahr eines Verlusts der Forderung trägt. — Die Unterstellung gilt nur für das Gebiet des Bürgerlichen Rechts, nicht auch für das Gebiet des Strafrechts. Der Kommissionär z. B., der über eine von ihm erworbene, aber der Unterstellung des § 392 Abs. 2 unterliegende Forderung absichtlich zum Nachteil des Kommittenten verfügt, ist nicht wegen Untreue strafbar (RGSt. 20 363; vgl. auch § 383 Anm. XIg 2). Auch für das Gebiet des Bürgerlichen Rechts ist die Wirkung der Unterstellung dahin zu begrenzen, daß sie nur darüber bestimmt, zu wessen Vermögensmasse diese Forderungen gehören. So bleibt z. B. dem Kommissionär das Recht zu selbständiger Einziehung der Forderung. Auch kann aus § 392 Abs. 2 z. B. nicht hergeleitet werden, daß der Kommittent Einsicht in die Bücher des Kommissionärs verlangen könne (§ 45 Anm. IIIa 1; dagegen Düringer-Hachenburg § 396 Anm. IIh), weil (so Düringer-Hachenburg) diese über Forderungen Aufschluß geben, die als eigene des Kommittenten zu unterstellen seien.

§ 393.

Vorschußleistung oder Kreditgewährung.

Wird von dem Kommissionär ohne Zustimmung des Kommittenten einem Dritten ein Vorschuß geleistet oder Kredit gewährt, so handelt der Kommissionär auf eigene Gefahr.

Insoweit jedoch der Handelsgebrauch am Orte des Geschäfts die Stundung des Kaufpreises mit sich bringt, ist in Ermangelung einer anderen Bestimmung des Kommittenten auch der Kommissionär dazu berechtigt.

Verkauft der Kommissionär unbefugt auf Kredit, so ist er verpflichtet, dem Kommittenten sofort als Schuldner des Kaufpreises die Zahlung zu leisten. Wäre beim Verkaufe gegen baar der Preis geringer gewesen, so hat der Kommissionär nur den geringeren Preis und, wenn dieser niedriger ist als der ihm gesetzte Preis, auch den Unterschied nach § 386 zu vergüten.

ADH. Art. 369. **Entw. I** § 365. **Entw. II** § 385.

I. Vorschußleistung oder Kreditgewährung.
II. Auf Gefahr des Kommissionärs.
III. Handelsgebräuchliche Stundung des Kaufpreises.
IV. Unbefugtes Verkaufen auf Kredit.

I. **Vorschußleistung oder Kreditgewährung an Dritten ohne Zustimmung des Kommittenten.**

a. **Vorschuß.** Vgl. § 354 Anm. IVa. Hierunter ist ganz allgemein eine Vorleistung von Geld zu verstehen. So z. B. eine Vorleistung in Anrechnung auf die seitens des Kommissionärs durch das Ausführungsgeschäft übernommene Vertragsleistung. Aber auch z. B. ein Darlehn, das dem dritten Käufer mit der Abrede demnächstiger Aufrechnung gegen den zu erwartenden Kaufpreis gewährt wird. Auch Auslagen jeder Art in Erwartung erst künftig zu empfangender Gegenleistung, z. B. Vorauszahlung der Fracht an den Frachtführer.

b. **Kreditgewährung.** Der Begriff ist nicht streng von dem der Vorschußleistung unterschieden; wenn in weitem Sinn genommen, umfaßt er den letzteren. Da in § 393 Kreditgewährung und Vorschußleistung nebeneinander genannt sind, so wird der Ausdruck „Kreditgewährung" hier vornehmlich in dem engeren Sinn einer Vorleistung von Waren — im Gegensatz zu der unter „Vorschußleistung" begriffenen Vorleistung von Geld — aufzufassen sein. Über

„Stundung“ vgl. unten Anm. III a. Nicht jede Fristsetzung enthält eine Kreditgewährung, so z. B. nicht die Fristsetzung bei Verzug des Dritten (Lehmann Nr. 3).

c. **An Dritten.** Nicht nur der Vertragsgegner beim Ausführungsgeschäft kann in Betracht kommen, sondern auch ein sonstiger Dritter, z. B. ein Frachtführer, dem der Kommissionär das Kommissionsgut zur Beförderung übergibt, oder eine Versicherungsgesellschaft, bei der er es versichert.

d. **Zustimmung.** Hierunter fällt sowohl vorherige Einwilligung wie nachträgliche Genehmigung (BGB. §§ 182 ff.). Darin, daß der Kommittent erklärt, das Geschäft für seine Rechnung gelten zu lassen — wozu er in der Regel ohnedies verpflichtet ist (unten Anm. II) — liegt nicht notwendig auch eine Zustimmung zur unbefugten Vorschußleistung oder Kreditgewährung (zust. Düringer-Hachenburg Anm. III). Der Ansicht (Staub Anm. 3, Lehmann Nr. 4, Düringer-Hachenburg Anm. II 2, Goldmann Nr. 4), daß in der Auferlegung des Delkredere eine solche Zustimmung liege, kann nicht beigestimmt werden, denn der Delkredere-Kommissionär haftet für Erfüllung zur Zeit des Verfalls, dem Kommittenten ist daher auch bei Delkrederehaftung des Kommissionärs nicht gleichgültig, auf welchen Zeitpunkt dieser mit seinem Vertragsgegner die Fälligkeit der Leistung des letzteren festlegt. Richtig ist nur, daß Übernahme einer Delkrederehaftung in der Regel nicht vereinbart wird, wenn nur Zugumzug-Geschäfte in Aussicht stehen; in welcher Höhe und auf welche Dauer aber Kredit eingeräumt werden darf, ist an sich nicht entnehmbar aus dem Delkrederevertrag; der Delkrederevertrag kann unbeschränkt sein, und dennoch kann der Kommissionär die Weisung haben, keinen oder nur kurzen oder nur einen unter bestimmtem Betrag bleibenden Kredit zu gewähren.

II. **Der Kommissionär handelt auf eigene Gefahr.** Hierunter ist zu verstehen, daß er auf Grund der bloßen Tatsache des „Vorschußleistens oder Kreditgewährens an einen Dritten ohne Zustimmung des Kommittenten“ schadensersatzpflichtig wird, auch wenn jene Handlung an sich keine fahrlässige war. Ob und in welchen Einzelfällen neben der Regel des § 393 Abs. 1, aus der nur eine Schadensersatzpflicht abzuleiten, auch die Bestimmung des § 385 Abs. 1, wonach bei Weisungswidrigkeit der Kommittent das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen braucht, zur Anwendung gebracht werden darf, hängt davon ab, wie man den Begriff der „Weisung“ bestimmen will; hierüber vgl. § 384 Anm. III a. Der § 393 Abs. 3 legt die Folgerung nahe, daß — mindestens als Regel — kein Recht auf Nichtgeltenlassen gewährt werden sollte (abweichend M. 155, Staub Anm. 6, 7, Düringer-Hachenburg Anm. VII). Eine „Weisung“ liegt wohl aber z. B. in der im § 393 Abs. 2 erwähnten „anderen Bestimmung“.

III. **Handelsgebräuchliche Stundung des Kaufpreises (§ 393 Abs. 2).**

a. **Stundung des Kaufpreises.** Über den Begriff vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XII b 2. Dies ist ein Fall der in Abs. 1 erwähnten Kreditgewährung (Abs. 3: „Verkaufen auf Kredit“, Art. 369 ADH.: „Kreditieren des Kaufpreises“). Nur der Fall, daß bezüglich des Kaufpreises Kredit gewährt wird, ist in Abs. 2 behandelt. Doch folgt ähnliches auch für andere Fälle der Kreditgewährung aus den allgemeinen Vorschriften des BGB. §§ 157, 242, HGB. § 346. So auch für den Fall der Vorschußleistung von Geld (dagegen P. 708, 1200, 1203, Staub Anm. 2, Düringer-Hachenburg Anm. IV), denn die Verkehrssitte geht einem nichtzwingenden Gesetz vor (§ 346 Anm. I d); allerdings wird ein derartiger Handelsgebrauch nur ausnahmsweise nachweisbar sein; aber er kann vorkommen, wie z. B. bezüglich der Vorschüsse, die der Verkaufskommissionär dem Beförderer oder dem Versicherungsunternehmer (oben Anm. I c) zahlt.

b. **Handelsgebrauch.** Vgl. § 346 Anm. II b 4. Dem Kommissionär liegt die Beweispflicht für das Bestehen des Handelsgebrauchs ob.

c. **Am Ort des Geschäfts.** Hierunter ist wohl nicht derjenige Ort zu verstehen, an dem der Kommissionär (bezw. sein Vertreter) sich zu der Zeit befindet, zu welcher das Ausführungsgeschäft abgeschlossen wird. Vielmehr ist gemeint der für das Ausführungsgeschäft maßgebende Erfüllungsort (abweichend Staub Anm. 4: „der zum Vollzug der Kommission bestimmte Ort“, Düringer-Hachenburg Anm. IV: „Ort, wo das Ausführungsgeschäft vollzogen

wird", Lehmann Nr. 7: „Ort, an dem tatsächlich abgeschlossen"). Und zwar wohl nicht der für die Leistung des Kommissionärs (§ 383 Anm. XI e 2), sondern der für die Leistung des dritten Vertragsgegners maßgebende (Goldmann Nr. 6). Denn mangels gegenteiliger Bestimmung des Kommittenten wird der Kommissionär für befugt zu erachten sein, das Ausführungsgeschäft unter Bedingungen abzuschließen, an die der Vertragsgegner gewöhnt ist. In der Nürnberger Konferenz wurde ein Antrag, allgemein den Niederlassungsort des Kommissionärs für maßgebend zu erklären, abgelehnt (P. 1200).

d. **Insoweit er mit sich bringt.** „Mit sich bringt" vgl. § 49 Anm. II d, § 54 Anm. II a 3. Nur innerhalb der Grenzen („insoweit"), in denen der Handelsgebrauch eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel des Abs. 1 zuläßt, z. B. bezüglich der Höhe und der Dauer des Kredits und der näheren Bedingungen der Bewilligung, tritt die in Abs. 2 bestimmte Folge ein.

e. **Dazu berechtigt.** Der Handelsgebrauch ersetzt zwar die Zustimmung des Kommittenten zur Stundung an sich. Daneben bleibt aber die Verpflichtung des Kommissionärs bestehen, nur mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 384 Anm. I c) Stundung zu erteilen (M. 155). Er haftet daher z. B. für Schaden, wenn er einer nicht zahlungsfähigen Person Stundung erteilt hat, obgleich er die Zahlungsunfähigkeit kennen mußte.

f. **In Ermangelung einer anderen Bestimmung des Kommittenten.** Ist eine solche erfolgt, so ist sie für den Kommissionär in demselben Umfang wie eine sonstige Weisung (§ 384 Anm. III) bindend.

IV. **Folge unbefugten Verkaufens auf Kredit (§ 393 Abs. 3).**

a. **Auszuscheiden der Fall des Nichtgeltenlassens.** Liegt in dem Kreditverkauf im Einzelfall eine Weisungswidrigkeit (vgl. oben Anm. II), so braucht der Kommittent das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen (§ 385); macht er von diesem Recht Gebrauch, so tritt andererseits auch nicht die Haftung des Kommissionärs aus § 393 Abs. 3 ein (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. VII; dagegen M. 155, Staub Anm. 7); aus der Fassung des § 393 Abs. 3 ist nicht ableitbar, daß § 393 Abs. 3 neben § 386 eine zweite Ausnahme von der Regel des § 385 sein soll. Voraussetzung des § 393 Abs. 3 ist mithin, daß das Geschäft an sich für Rechnung des Kommittenten geht. Man kann nicht etwa das Gegenteil daraus ableiten wollen, daß § 393 Abs. 3 auch auf weisungswidrigen Verkauf, den der Kommittent nicht gelten läßt, passe, weil der Kommissionär zur Rückgabe der Ware außerstande sei; denn letzteres braucht keineswegs immer der Fall zu sein, der Kommissionär braucht z. B. die auf Kredit verkaufte Ware noch nicht dem Käufer abgeliefert zu haben. — Auf § 386 ist in Abs. 3 nur bezüglich der Höhe des zu zahlenden Preises Bezug genommen; nicht etwa auch bezüglich der Notwendigkeit des Erbietens zur Zahlung.

b. **Verhältnis des Abs. 3 zu Abs. 1.** Der Absatz 3 regelt erschöpfend die im Fall unbefugten Kreditverkaufs (abgesehen von etwaiger gleichzeitig vorliegender Weisungswidrigkeit) eintretende Verpflichtung des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten, wie sie aus der allgemeinen Regel des Abs. 1 folgt, daß der Kommissionär hierbei „auf eigene Gefahr" handele. Die in Abs. 1 ausgesprochene Folge kommt daher nicht in Betracht, wenn Abs. 3 anwendbar ist. — Zwar kann neben der im Abs. 3 vorgesehenen Schuld unter Umständen noch eine Verpflichtung zum Ersatz eines weitergehenden Schadens vorliegen; dies ist dann aber keine Folge des unbefugten Kreditgebens an sich, sondern z. B. einer in anderer Beziehung erfolgten Verletzung der Sorgfaltspflicht oder einer Weisungswidrigkeit.

c. **Verpflichtung, sofort als Schuldner des Kaufpreises die Zahlung zu leisten.** Hierunter ist dasselbe Verhältnis zu verstehen wie das in § 384 Abs. 3 bestimmte (§ 384 Anm. VII b 2). Der Kommittent, wenn er zwar an sich das Geschäft als für seine Rechnung gehend gelten läßt (oben Anm. IV a), aber dennoch die unbefugte Kreditgewährung nicht genehmigt, ist berechtigt, nach seiner Wahl gegen den Kommissionär oder (nach Abtretung der Rechte) gegen den Dritten oder bis zu erfolgter Tilgung auch gegen beide zugleich als Gesamtschuldner (deren einem Stundung erteilt ist) vorzugehen. Bis der Kommissionär zahlt, kann daher der Kommittent Abtretung der Rechte gegen den Dritten fordern; andererseits braucht der Kommissionär, der bereits abgetreten hat, nur gegen Rückabtretung zu zahlen. Die aus § 393 Abs. 3 folgende Schuld des Kommissionärs ist nur insoweit eine gegenüber der-

jenigen des Dritten erschwerte, als sie „sofort" fällig ist; in allen übrigen Beziehungen aber hat auch der Kommissionär gegen das Entstehen der Schuld (wegen späteren Erlöschens vgl. BGB. §§ 422 ff.) dieselben Einwendungen, die dem Dritten zustehen; so kann z. B. der Kommissionär Mangelhaftigkeit der Ware einwenden, wenn nur der Dritte sich diese Einwendung durch rechtzeitige Rüge erhalten hat. — War der Kommissionär befugt, auf bestimmte Zeit Kredit zu erteilen, und hat er unbefugt auf längere Zeit Kredit erteilt, so kann er gemäß Abs. 3 nur auf Zahlung bei Ablauf der ersterwähnten bestimmten Zeit in Anspruch genommen werden (Lehmann Nr. 8, Staub Anm. 8, Düringer-Hachenburg Anm. V).

§ 394.

Einstehen des Kommissionärs für Erfüllung durch Dritten.

Der Kommissionär hat für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten, mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abschließt, einzustehen, wenn dies von ihm übernommen oder am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist.

Der Kommissionär, der für den Dritten einzustehen hat, ist dem Kommittenten für die Erfüllung im Zeitpunkte des Verfalls unmittelbar insoweit verhaftet, als die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnisse gefordert werden kann. Er kann eine besondere Vergütung (Delkredereprovision) beanspruchen.

ADH. Art. 370. **Entw. I** § 366. **Entw. II** § 386.

I. Voraussetzung der Einstehungspflicht.
II. Inhalt der Einstehungspflicht.
III. Delkredereprovision.

I. Voraussetzung der Einstehungspflicht des Kommissionärs (§ 394 Abs. 1).

a. **Regel** ist, daß der Kommissionär nicht für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten mit dem er das Ausführungsgeschäft abschließt, einzustehen hat.

b. **Ausnahmen.**

1. Übernahme der Einstehungspflicht. Die Übernahme kann durch den Kommissionär sowohl ausdrücklich wie auch stillschweigend erklärt werden. Eine stillschweigende Übernahme liegt z. B. im Zweifel in dem ausdrücklichen Bedingen einer „Delkredereprovision" oder in dem Bedingen einer so hohen Provision, wie sie nur bei Zurechnung der Delkredereprovision zur gewöhnlichen Provision gewährt zu werden pflegt (vgl. M. 156). Umgekehrt folgt nicht durchaus notwendig aus einer Vereinbarung über Nichtberechnung einer Delkredereprovision der Ausschluß der Einstehungspflicht (RG. 20 113). Die vertragliche Übernahme der Einstehungspflicht kann auch in beschränkter Weise gültig erfolgen, z. B. so, daß der Kommissionär für die Erfüllung nur bis zu gewisser Höhe oder nur zu einem Bruchteil einzustehen hat (P. 713).

2. Handelsgebrauch am Ort der Niederlassung des Kommissionärs. Handelsgebrauch vgl. § 346 Anm. II b 4. Auch dann ist der Handelsgebrauch maßgebend, wenn der Kommittent nicht Kaufmann oder aus anderem Grund das Geschäft für ihn nicht Handelsgeschäft ist. Nicht maßgebend ist der Handelsgebrauch, wenn der Ausschluß der Einstehungspflicht vereinbart ist (M. 156). Der Ort der Niederlassung des Kommissionärs ist für maßgebend erklärt. Hierin liegt eine Abweichung von der für den Fall des § 393 Abs. 3 gegebenen Vorschrift. Hat der Kommissionär mehrere Niederlassungen, so ist diejenige maßgebend, auf deren Geschäftsbetrieb der betreffende Kommissionsvertrag Bezug hat, gleichgültig, durch welche Niederlassung der Kommissionär das Ausführungsgeschäft schließt.

II. Inhalt der Einstehungspflicht des Kommissionärs (§ 394 Abs. 2 Satz 1).

a. **Verhältnis zu ähnlichen Gestaltungen.**

1. Bürgschaft. Wird ein Geschäft mit dem Dritten im Namen des Auftraggebers abgeschlossen, und übernimmt der abschließende unmittelbare Stellvertreter (z. B. ein Ab-

schlußagent oder ein reisender Handlungsgehilfe) gegenüber seinem Auftraggeber das „Delkredere", so liegt hierin eine Bürgschaft (ROH. 14 216, 20 384, RG. 14 II 02 JW. 219[26]). — Anders beim Kommissionär. Da dieser in eigenem Namen abschließt, so wird der Kommittent nicht unmittelbar Gläubiger des Dritten, die Begriffsbestimmung der Bürgschaft in BGB. § 765 trifft daher nicht diesen Fall (Staub Anm. 1, Lehmann Nr. 3, Düringer-Hachenburg Anm. IIb), wenngleich, namentlich mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 392 Abs. 2, das Verhältnis ein der Bürgschaft ähnliches ist. Hiernach braucht die Übernahme des Delkredere auch dann nicht schriftlich erklärt zu werden, wenn der Kommissionär nicht Vollkaufmann ist. Sobald jedoch der Kommissionär die ihm gegen den Dritten zustehende Forderung dem Kommittenten abgetreten hat, wird das Rechtsverhältnis ein der selbstschuldnerischen Bürgschaft vollständig entsprechendes, und es erscheint zulässig, für diese Zeit die kurze Vorschrift des § 394 Abs. 2 Satz 1 aus den Vorschriften des BGB. über eine bestehende selbstschuldnerische Bürgschaft zu ergänzen (dagegen Lehmann 2 239 Fußnote 2, Düringer-Hachenburg Anm. IIb). So sind als vom Zeitpunkt der Abtretung an entsprechend anwendbar zu erachten BGB. § 767, § 768 (ebenso bezügl. Abs. 2 Lehmann Nr. 7; dagegen bezügl. des ganzen § 768 Düringer-Hachenburg aaO.), § 770 (ähnlich Lehmann Nr. 7; dagegen Düringer-Hachenburg aaO.), § 774 (dagegen Düringer-Hachenburg aaO., Lehmann 2 239 Fußn. 2 und Nr. 6, die jedoch durch Anwendung des § 426 Abs. 2 zu ähnlichem Ergebnis kommen), § 776. Auch § 777 BGB. ist für anwendbar zu erachten (für entsprechende Anwendung Staub Anm. 9). — Bei einem Delkrederevertrag gilt im Zweifel als bedungen, daß der Einstehende nur auf Zahlung eines Geldbetrags (Erfüllung und Schadensersatz), nicht unmittelbar auf Unterlassung von Vertragswidrigkeiten des Hauptschuldners, belangt werden kann (OLG. Hamburg 22 XI 04 OLGRspr. 10 343).

2. Haftung für Erfüllung des Geschäfts gemäß § 384 Abs. 3 oder § 393 Abs. 3. Das Einstehen im Fall des § 394 ist ein, wenngleich selbstschuldnerisches, doch zur Haftung des Hauptschuldners nur hinzukommendes; dagegen steht die Erfüllungshaftung des Kommissionärs in den Fällen der §§ 384 Abs. 3, 393 Abs. 3 in gleicher Reihe mit der des Hauptschuldners (§ 384 Anm. VIIb 2, § 393 Anm. IVc).

3. Haftung für Zahlungsfähigkeit bei Verkauf von Forderungen erstreckt sich im Zweifel nur auf das Vorhandensein der Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Abtretung (BGB. § 438); dagegen ist die Einstehungspflicht des Kommissionärs unabhängig von der Zahlungsfähigkeit des Dritten, besteht mithin auch dann, wenn der Dritte erst nach Abschluß des Ausführungsgeschäfts zahlungsunfähig wird.

4. Kreditversicherung. In einer solchen liegt — abweichend vom Delkredere (unten zu f) — auch die Übernahme der Haftung für die vom Dritten nicht verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung. Ist die Versicherung nur für bestimmte Dauer des Kredits gewährt, so verliert der Versicherte seinen Anspruch an den Versicherer, wenn er willkürlich weitergehende Stundung erteilt (ROH. 5 356).

5. Haftung auf Grund allgemeiner Sorgfaltspflicht. Vgl. § 384 Anm. I. Sie besteht nur bei Verschulden des Kommissionärs. So ist z. B. der Kommissionär haftbar für Zahlungsunfähigkeit des Dritten, wenn der Kommissionär zwar Kredit geben durfte, aber schuldhafterweise einem Zahlungsunfähigen Kredit gegeben hat.

b. **Das Bestehen der Einstehungspflicht läßt die sonstigen Rechte und Pflichten aus dem Kommissionsvertrag unberührt.** Der Einstehungsvertrag ist nur ein Nebenvertrag des Kommissionsvertrags, nichts von letzterem Verschiedenes. Die Übernahme der Einstehungspflicht enthält nicht eine Erklärung des Selbsteintritts (Str. 30 25), nimmt aber dem Kommissionär nicht das Recht zum Selbsteintritt (ROH. 19 55). Der Kommittent behält trotz vorhandener Einstehungspflicht des Kommissionärs das Recht, von diesem Abtretung der gegen den Dritten bestehenden Forderung zu verlangen (ROH. 9 233); nach erfolgter Abtretung hat andererseits der Kommissionär die einem Bürgen zustehenden Rechte gegen den Kommittenten (oben zu a 1); insbesondere erwirbt er durch eigene Zahlung die gegen den Dritten bestehende Forderung zurück (BGB. § 774, oben Anm. IIa 1; bestritten). Auch die Bestimmung des

§ 392 Abs. 2 bleibt maßgebend (ROH. 7 21); mithin kann auch im Konkurs des Einstehungskommissionärs der Kommittent die Aussonderung der gegen Dritte bestehenden, für Rechnung des Kommittenten erworbenen Forderungen beanspruchen (M. 155, ROH. 9 233). Über die Frage, ob das Bestehen der Einstehungspflicht den Kommissionär zur Kreditgewährung ermächtigt, vgl. § 393 Anm. I d.

c. **Unmittelbare Haftung.** Hierunter ist das der selbstschuldnerischen Bürgschaft Entsprechende verstanden. Darin liegt, daß der Kommissionär nicht berechtigt ist, zu verlangen, daß der Kommittent auf Grund der ihm abgetretenen Rechte an den Dritten zunächst gegen letzteren vorgeht (M. 155, P. 711). Andererseits hat der Kommittent das Recht, Abtretung zu verlangen (oben zu b) und auf Grund der Abtretung zunächst gegen den Dritten vorzugehen. Durch ein solches Vorgehen wird der Kommissionär nicht frei, solange der Kommittent nicht befriedigt wird; z. B. nicht dadurch, daß gegenüber dem Dritten der Kommittent das Verfolgungsrecht (KO. § 44) ausübt (ROH. 20 386).

d. **Für die Erfüllung** hat der Kommissionär zu haften. Der gewöhnliche Fall ist das Haften des Verkaufskommissionärs für das Eingehen des Kaufpreises. Aber auch z. B. bei der Einkaufskommission kann Einstehungspflicht vorkommen (M. 155, OTr. 19 185, Str. 16 179); sie geht dann darauf, daß der dritte Verkäufer ordnungsmäßig und rechtzeitig liefert (P. 710). Die Erfüllung, für die der Kommissionär einzustehen hat, ist (falls nicht abgetreten oder der Dritte zur Zahlung an den Kommittenten angewiesen ist) die Erfüllung des Dritten an den Kommissionär: sobald der Dritte dem Kommissionär gezahlt hat, ist letzterer von seiner Einstehungspflicht frei, und bei der Weiterübermittlung der Zahlung an den Kommittenten haftet der Kommissionär nur noch für Sorgfaltsverletzung, nicht mehr für zufälligen Verlust RG. 20 113). — Hat der Delkrederekommissionär seine Forderung gegen den Dritten dem Kommittenten abgetreten oder hat er gemäß einer Weisung des Kommittenten Rechte gegen den Dritten aufgegeben oder diesem Stundung erteilt, so ist BGB. §§ 775, 776 entsprechend anwendbar (weitergehend zu gunsten des Kommissionärs BreslHandelsgebr. 191).

e. **Im Zeitpunkt des Verfalls.** Maßgebend ist der Inhalt der Vertragsabrede zwischen Kommissionär und Drittem. Vorausgesetzt ist hierbei, daß der Kommissionär nur innerhalb der ihm gestatteten Grenzen Kredit gewährt hat. Hat dagegen der Kommissionär bei der Kreditgewährung die zulässigen Grenzen unbefugt überschritten, so greift § 393 ein, mithin im Fall des Verkaufskommissionärs der § 393 Abs. 3, wonach der Kommissionär sofort zu zahlen hat. Wann Fälligkeit eintritt, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I.

f. **Insoweit, als die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnis gefordert werden kann.** Der Einstehungs-Kommissionär haftet mit anderen Worten dem Kommittenten „für das Nichtkönnen und Nichtwollen des Dritten", nicht auch, falls der Dritte ein Recht hat, die Erfüllung zu verweigern (so P. 710). Doch ist die letztere Fassung nicht ganz zutreffend; denn wenn die Erfüllung ohne Schuld des Dritten unmöglich wird, so wird bei solchem Nichtkönnen des Dritten auch der Kommissionär frei von der Haftung für Erfüllung (vgl. oben a 4) und haftet (abgesehen von dem Fall, daß er selbst die Unmöglichkeit verschuldet hat) nur noch insoweit, als dem Dritten infolge der Unmöglichkeit die Verpflichtung zu anderen Leistungen obliegt. — Der Kommissionär kann gegenüber dem Kommittenten alle Einwendungen geltend machen, die der Dritte geltend machen könnte (P. 712), und die Beweislast betreffs der Frage, ob gehörig erfüllt worden, ist hier dieselbe (ROH. 19 187) wie in dem Verhältnis des Verkäufers zum Käufer (Anhang zu § 377 Anm. XII). Der Kommittent kann jedoch seinerseits erwidern, daß die für den Dritten bestehende Möglichkeit des Erhebens von Einwendungen auf einem Verschulden des Kommissionärs beruhe (ROH. 21 146). In einer Erwiderung der letzteren Art liegt dann allerdings keine Inanspruchnahme des Kommissionärs auf Grund des Delkredere-Nebenvertrags, sondern auf Grund der aus dem Kommissions-Hauptvertrag sich ergebenden Sorgfaltspflicht.

III. **Delkredereprovision (§ 394 Abs. 2 Satz 2).**

a. **Voraussetzung** des Anspruchs ist lediglich, daß der Kommissionär einstehungspflichtig ist (Abs. 2 Satz 1: „einzustehen hat", Satz 2: „Er"), und (§ 396) daß das „Geschäft zur Ausführung gekommen ist". Unerheblich ist daher, ob es zu einem wirklichen Tragen der Gefahr

gekommen ist, oder ob vielmehr eine Gefahrtragung dadurch ausgeschlossen blieb, daß das Ausführungsgeschäft Zug um Zug abgewickelt worden ist; auch in letzterem Fall ist die Delkredereprovision verdient (ebenso Hahn Art. 370 § 8, Lehmann Nr. 9, Düringer-Hachenburg Anm. V; dagegen Grünhut Recht des Kommissionshandels 364 und ihm folgend Staub Anm. 7); dem Kommittenten kommt es nur darauf an, daß er möglichst keine Gefahr trägt, dagegen kann ihm gleichgültig sein, ob der Kommissionär Gefahr trägt. Daß ein Ausführungsgeschäft als Zug um Zug abzuwickelndes abgeschlossen ist, nimmt umsoweniger dem Kommissionär den Anspruch auf Delkredereprovision (P. 718). Über den Fall des Selbsteintritts vgl. § 403 Anm. II. — Daß die Gewährung einer Delkredereprovision auch vereinbart worden, ist nicht notwendige Voraussetzung des Anspruchs. Umgekehrt ist aber eine Vereinbarung wirksam, inhalts deren sie ausgeschlossen wird (RG. 20 113). Eine solche Ausschließung liegt im Zweifel in einer Abrede über bestimmte Höhe der Provision, wenn daneben kein Vorbehalt bezüglich einer hinzukommenden Delkredereprovision gemacht ist (Bolze 7 Nr. 517).

b. **Höhe.** Ist keine besondere Abrede über die Höhe der Vergütung getroffen, so sind die am Ort der Niederlassung des Kommissionärs (§ 394 Abs. 1) üblichen Sätze maßgebend (BGB. § 632 Abs. 2, HGB. § 383 Anm. Ib, vgl. P. 719, 1201). Die Delkredereprovision kann nach Ortsgebrauch (P. 1201) oder Vertrag (Bolze 7 Nr. 517) in der dem Kommissionär überhaupt zugebilligten Provision bereits enthalten sein.

§ 395.

Kommissionsweiser Wechselankauf.

Ein Kommissionär, der den Ankauf eines Wechsels übernimmt, ist verpflichtet, den Wechsel, wenn er ihn indossirt, in üblicher Weise und ohne Vorbehalt zu indossiren.

ADH. Art. 373. **Entw. I** § 369. **Entw. II** § 387.

I. **Übernehmen des Ankaufs eines Wechsels.** Hierunter ist sowohl der Fall verstanden, daß der Kommissionsauftrag ausschließlich auf Ankauf eines Wechsels geht — sei es eines bestimmten einzelnen Wechsels, sei es eines Wechsels bestimmter Art — wie auch der Fall, daß dieser Auftrag nur Teil eines umfangreicheren Kommissionsauftrags ist, z. B. eines Auftrags, der dahin geht, die Kommissionsware zu verkaufen und den Kaufpreis in einem anzukaufenden Wechsel dem Kommittenten zu übermitteln (P. 721 ff.). Aber selbst darüber hinaus ist § 395 allgemein auf den Fall auszudehnen, daß auch ohne ausdrücklichen Auftrag der Kommissionär in Ausführung der Kommission einen Wechsel für Rechnung des Kommittenten ankauft (P. 721, RG. 20 113 gegen P. 725), z. B. wenn der Kommissionär freiwillig diesen Weg zur Übermittelung des vereinnahmten Kaufpreises wählt. Nicht dagegen deckt § 395 auch den Fall (vgl. § 397), daß aus sonstigen Gründen, z. B. um dem Kommittenten im voraus Kredit für die zu verkaufende Ware zu geben, der Kommissionär anläßlich des Kommissionsvertrags Wechsel zeichnet.

II. **Wenn er ihn indossiert.** Der § 395 bestimmt absichtlich (P. 724) nichts darüber, ob der Kommissionär überhaupt zur Indossierung verpflichtet ist. Eine solche Verpflichtung besteht nur, wenn sie ausdrücklich oder stillschweigend übernommen, oder wenn sie verkehrsüblich ist. Sie folgt noch nicht aus dem Übernehmen der Verpflichtung zum Ankauf; denn der ankaufende Kommissionär hat an sich auch die Möglichkeit, den Verkäufer des Wechsels zu veranlassen, den Wechsel entweder mit einem Blankoindossament oder mit einem unmittelbar auf den Namen des Kommittenten lautenden Indossament zu versehen.

III. **Verpflichtung, in üblicher Weise und ohne Vorbehalt zu indossieren.**

a. **Zweck der Vorschrift** ist, eine Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit des Wechsels zu verhüten (P. 721).

b. **In üblicher Weise und ohne Vorbehalt.** Untersagt sind dem Kommissionär z. B. die Zu-

sätze „ohne Obligo" (P. 721), „ohne Gewährleistung", „nicht an Order", „zur Einkassierung", „in Prokura".

c. **Folge der Indossierung** ist, daß der Kommissionär wechselmäßig haftet, nicht aber weitergehend, daß er auch außerhalb des Wechselrechts für die Zahlungsfähigkeit seines Vormanns aufzukommen hat (RG. 20 114, vgl. P. 724 ff.). Er haftet daher zwar kraft Wechselrechts dem gutgläubigen (§ 364 Anm. III b 4) Nachmann des Kommittenten, kann aber das diesem Nachmann Gezahlte vom Kommittenten zurückfordern (BGB. §§ 670, 675). Gegenüber der Wechselklage des Kommittenten kann der Kommissionär sich mit der Einrede schützen, daß die Indossierung in Ausführung eines Kommissionsvertrags, also für Rechnung des Kommittenten erfolgt sei (RG. 20 114; vgl. § 364 Anm. III b 4); anders nur, wenn etwa im Einzelfall auch abgesehen vom Wechselrecht eine Haftung des Kommissionärs besteht, z. B. eine Haftung wegen unbefugter Kreditgewährung (§ 393) oder wegen übernommener oder handelsgebräuchlicher Einstehungspflicht (§ 394, RG. 20 114) oder wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht bei Ankauf des Wechsels (§ 394 Anm. II a 5). — Da nach Vorstehendem die Indossierung eines Wechsels an sich keine Übernahme einer Einstehungspflicht enthält, so gibt sie auch kein Recht auf eine Delkredereprovision (vgl. P. 726).

d. **Folge einer Verletzung der Pflicht, in üblicher Weise und ohne Vorbehalt zu indossieren,** ist (§ 347 Anm. III b) Schadensersatzpflicht. Liegt im Einzelfall in jener Pflichtverletzung auch eine Weisungswidrigkeit (§ 384 Anm. III a), so braucht der Kommittent das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen (§ 385 Anm. II c 2), kann daher auch die Entgegennahme eines solchen Wechsels ablehnen.

§ 396.

Provision, Ersatz von Aufwendungen.

Der Kommissionär kann die Provision fordern, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist. Ist das Geschäft nicht zur Ausführung gekommen, so hat er gleichwohl den Anspruch auf die Auslieferungsprovision, sofern eine solche ortsgebräuchlich ist; auch kann er die Provision verlangen, wenn die Ausführung des von ihm abgeschlossenen Geschäfts nur aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grunde unterblieben ist.

Zu dem von dem Kommittenten für Aufwendungen des Kommissionärs nach den §§ 670, 675 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu leistenden Ersatze gehört auch die Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und der Beförderungsmittel des Kommissionärs.

ADH. Art. 371. **Entw. I** § 367. **Entw. II** § 388.

I. **Provisionsanspruch (§ 396 Abs. 1).** Über unentgeltlich übernommene Kommissionsaufträge vgl. § 383 Anm. VI c.

a. **Voraussetzung** des Provisionsanspruchs. Der § 396 unterscheidet drei Fälle, in denen dem Kommissionär ein Provisionsanspruch zusteht:

1. Ausführung des Geschäfts.

α. „Ausführung".

Die Bedeutung des Worts „Ausführung" ist in § 396 dieselbe wie in § 88. Daher vgl. § 88 Anm. I c 1. Über die abweichende Bedeutung des Worts „Ausführung" an anderen Stellen des Abschnitts über Kommissionsgeschäfte vgl. § 384 Anm. I b, § 400 Anm. II a. Die Denkschrift 238 bemerkt: „Nach Art. 371 Abs. 2 ADH., der das Ergebnis eingehender Beratungen der Nürnberger Kommission bildete, hat der Kommissionär die Provision nur zu fordern, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist. Das hiergegen erhobene Bedenken, daß es nicht hinreichend klar sei, was unter der ‚Ausführung' des Geschäfts im Sinne der Vorschrift verstanden werden müsse, erscheint nicht geeignet, eine Änderung des Gesetzes zu rechtfertigen. Der bloße Abschluß des Geschäfts kann für die Entstehung des Provisionsanspruchs jedenfalls nicht als ausreichend erachtet werden, zumal die Aufgabe des Kommissionärs in der Regel nicht auf den Geschäftsabschluß beschränkt ist. Andererseits würde es zu weit gehen, unter allen Umständen die vollständige Erfüllung des Geschäfts zu verlangen. Namentlich in Fällen, in welchen die Abwickelung des Geschäfts unmittelbar zwischen dem Kommittenten und dem Dritten stattfindet und längere Zeit in Anspruch nimmt, kann die Entstehung des Provisionsanspruchs des Kommissionärs nicht wohl bis zur vollständigen Erledigung des Geschäfts hinausgeschoben werden. Es bleibt daher am besten bei der Vorschrift des ADH., welche der Würdigung der Umstände des Falls einen gewissen Spielraum läßt." Ähnlich P. 716, 1206. In § 396 Abs. 1 Satz 2 ist „Ausführung" und „Abschluß" ausdrücklich unterschieden.

Auch wenn im Einzelfall der Kommissionär nur das Abschließen, nicht auch die Abwickelung, übernommen hat (§ 384 Anm. I b), wird die Provision nicht als bereits mit dem Abschließen verdient angesehen werden dürfen (Staub Anm. 3, Düringer-Hachenburg Anm. II b; dagegen ROH. 1 84, Lehmann Nr. 5), da wohl kein genügender Grund wäre, den Kommissionär in dieser Beziehung anders zu stellen als den Abschlußagenten. Abweichende Parteiabreden sind zulässig (ROH. 16 379).

Die Ausführung ist nicht nur notwendige Voraussetzung für das Entstehen der Provisionsforderung, sondern bezeichnet im Zweifel zugleich den Zeitpunkt der Fälligkeit dieser Forderung. Indessen kann im Einzelfall ein anderer Zeitpunkt der Fälligkeit sich daraus ergeben, daß der Kommittent nur Zug um Zug gegen Erfüllung auch der sonstigen Verpflichtungen des Kommissionärs aus dem Kommissionsvertrag zu leisten braucht (Düringer-Hachenburg Anm. II d), oder daß die Parteien vereinbart haben, Abrechnung über die Provisionen aus Kommissionsverträgen solle erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit stattfinden (§ 88 Anm. IV).

Der Umtausch- oder Bezugskommissionär, der das Stückeverzeichnis eingetauschter oder bezogener Wertpapiere nicht rechtzeitig übersendet, verliert den Provisionsanspruch (AufbewahrungsG. § 6).

β. Umfang der Beweispflicht des Kommissionärs.

Bestreitet der Kommittent trotz erstatteter, keine Selbsteintrittserklärung enthaltender Ausführungsanzeige, daß eine Ausführung durch Abschluß mit einem Dritten erfolgt ist, so hat der Kommissionär nur zu beweisen, daß er ein dem Kommissionsvertrag und der Ausführungsanzeige nach Zeit, Gegenstand und Preis entsprechendes Geschäft abgeschlossen hat, während dem Kommittenten dann der Gegenbeweis offensteht, daß das betreffende Geschäft nach dem Willen des Kommissionärs nicht die Bestimmung gehabt habe, als die Ausführung des erteilten Auftrags zu gelten (Str. **39** 134, RG. 18 21).

Zu beachten ist, daß, wenn der Kommissionär nicht den festen Willen hatte, für fremde Rechnung abzuschließen, sondern zunächst in der Schwebe lassen wollte, ob er

das Geschäft für Rechnung des Kommittenten oder für eigene Rechnung gelten lassen wolle, ein für eigene Rechnung geschlossenes Geschäft vorliegt (§ 400 Anm. Id).

Hat aber der Kommissionär Ausführungsanzeige ohne Selbsteintrittserklärung erstattet, so braucht er nunmehr seinerseits zunächst nicht den besonderen Nachweis für die Beziehung des Abschlusses zum Kommissionsauftrag zu erbringen (Str. 27 5, 28 289), insbesondere nicht für eine besondere äußere Kenntlichmachung dieser Beziehung in den Handelsbüchern zu sorgen (RG. 18 22, OLG. Hamburg 30 IV 86 ZHR. 36 266). Über die Frage, ob der Kommittent zwecks Führung des ihm obliegenden Gegenbeweises den Kommissionär zur Vorlegung der Handelsbücher zwingen kann, vgl. § 45 Anm. IIIa 1.

Ausnahmsweise kann dem Kommissionär eine weitergehende Beweispflicht obliegen, wenn Rückhaltigkeit oder Unwahrheiten bei der Ausführungsanzeige oder dem Nachweis des Abschlusses ein Mißtrauen begründen (RG. 18 23).

Andererseits genügt bei Zusammentreffen mehrerer Einkaufsaufträge für dieselbe Warengattung der bei Abschluß der Ausführungsgeschäfte vorhandene allgemeine Wille des Kommissionärs, dieselben zur Ausführung aller dieser Aufträge vorzunehmen unter erst nachträglicher Zuteilung der einzelnen Abschlüsse auf die einzelnen Aufträge (RG. 18 22). Hat dagegen der Kommissionär in bloßer Erwartung künftiger Einkaufsaufträge Waren eingekauft, so kann er aus solchen Anschaffungen nur als Selbsteintretender liefern, außer wenn er mit dem Kommittenten vereinbart, es solle die betreffende Anschaffung als in Ausführung des Auftrags erfolgt gelten (RG. 18 22).

Ergibt sich, daß trotz erstatteter, keine Selbsteintrittserklärung enthaltender Ausführungsanzeige in Wahrheit kein Ausführungsgeschäft für fremde Rechnung abgeschlossen ist, so wird der Kommittent auch durch Annahme des ihm durch den Kommissionär angeblich in Ausführung des Kommissionsauftrags übersandten Guts und Bezahlung der Rechnung des Kommissionärs nicht gehindert, dies geltend zu machen und Rückzahlung gegen Rücknahme des Guts zu verlangen (RG. 16 IX 03 JW. 375[9]).

Über die Verteilung der Beweislast in dem umgekehrten Fall, daß der Kommissionär Selbsteintrittserklärung abgibt und der Kommittent behauptet, Selbsteintritt sei unzulässig wegen vorher erfolgten Abschlusses des Ausführungsgeschäfts mit einem Dritten, vgl. § 400 Anm. Id, § 384 Anm. VIe.

2. Nichtausführung eines abgeschlossenen Geschäfts nur aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grund.

α. Allgemeines. Die Fassung des § 396 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 weicht etwas ab von derjenigen des § 88 Abs. 2; in mancher Hinsicht ist erstere, in anderer letztere genauer; ein Teil der Abweichungen erklärt sich auch daraus, daß § 88 den Fall des Vermittlungsagenten mitumfaßt; soweit aber § 88 sich auf den Fall des Abschlußagenten bezieht, ist inhaltlich die Vorschrift des § 88 Abs. 2 als gleichbedeutend mit derjenigen des § 396 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 anzusehen. Daher zu vergleichen § 88 Anm. Ic2. In § 396 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 ist vorausgesetzt, daß das Geschäft bereits abgeschlossen ist (unten zu γ), daß die Ausführung (oben zu 1) unterbleibt, daß der Grund des Unterbleibens in der Person des Kommittenten liegt (unten zu β), und daß dies der einzige Grund ist. Diese sämtlichen Merkmale sind vom Kommissionär zu beweisen (vgl. ROH. 16 305). Der Kommittent hat keine Verpflichtung zur Auskunftserteilung über den Grund der Nichtausführung (so nach früherem Recht ROH. 16 378); doch gilt auch hier der allgemeine Satz, daß wenn der Kommissionär Tatsachen dargelegt hat, die erfahrungsgemäß einen nur in der Person des Kommittenten liegenden Grund überwiegend wahrscheinlich machen, der Kommittent Gegenbeweis dafür antreten muß, daß jener Wahrscheinlichkeitsschluß im Einzelfall nicht zutrifft. Bei nur teilweiser Nichtausführung aus einem nicht lediglich in der Person des Kommittenten liegenden Grund erlangt der Kommissionär nur den Anspruch auf Provision vom ausgeführten Teil.

β. „In der Person des Kommittenten liegend“ ist der Grund der Nichtaus-

führung sowohl dann, wenn mit Willen des Kommittenten die Nichtausführung erfolgt — z. B. wenn er willkürlich nicht die durch den Kommissionär verkaufte Ware liefert und infolgedessen der Dritte zurücktritt, oder wenn er ohne gerechtfertigten Anlaß durch Vertrag mit dem Dritten Nichtausführung vereinbart (P. 1206, Str. 48 140) — wie auch dann, wenn zwar ohne seinen Willen, aber infolge seines schuldhaften Verhaltens die Ausführung unterbleibt — z. B. wenn der Kommittent mangelhaft liefert und infolgedessen der Dritte wandelt, oder wenn infolge eines durch den Kommittenten verschuldeten Verzugs der Dritte zurücktritt. Im Verhältnis des Kommittenten zum Kommissionär, das hier entscheidet, ist aber nicht alles dasjenige ein Verschulden des Kommittenten, was gegenüber dem Vertragsgegner des Ausführungsvertrags zu vertreten ist. So ist z. B. die Provision nicht verdient, wenn der vom Kommittenten sorgfältig ausgesuchte Lieferer nicht liefert, infolgedessen auch der Kommittent nicht liefern kann, und nun der Vertragsgegner des Ausführungsvertrags zurücktritt (vgl. RG. 1 V 06 JW. 399[31]). Nicht in der Person des Kommittenten liegend ist eine eingetretene „Unmöglichkeit" der Leistung (z. B. bei zufälligem Untergang der verkauften, noch beim Kommittenten lagernden Sache). Ebenso wohl auch nicht sein „Unvermögen" (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IV c) zur Leistung (vgl. RG. 36 200, § 92 Anm. III a). Vorausgesetzt jedoch, daß nicht der Kommittent das Eintreten der Unmöglichkeit oder des Unvermögens verschuldet hat. Eine Nichtausführung infolge eines weder willkürlich noch schuldhaft abgeschlossenen Vergleichs zwischen Kommittent und Drittem steht auch dem nicht zugezogenen Kommissionär entgegen (Bolze 23 Nr. 434).

γ. Widerruf des Kommissionsvertrags durch den Kommittenten vor Abschluß des Ausführungsgeschäfts. Dieser Fall ist in § 396 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 nicht ausdrücklich geregelt, da dort ein „abgeschlossenes" Geschäft vorausgesetzt ist. Über die Zulässigkeit des Widerrufs vgl. § 383 Anm. XI c 1. Ob in diesem Fall der Kommissionär Provision fordern darf, ist nicht unzweifelhaft. Geht man davon aus, daß der entgeltliche Kommissionsvertrag ein Werkvertrag ist (§ 383 Anm. I b), so käme an sich die Regel des BGB. § 649 Satz 2 in Betracht, wonach der Unternehmer berechtigt ist, die vereinbarte Vergütung zu verlangen und sich nur Erspartes anrechnen lassen muß. Nur dann würde dies nicht der Fall sein, wenn aus HGB. § 396 das Gegenteil zu entnehmen sein sollte. Letzteres ist aber in der Tat gewollt. Zwar sollte der Satz: „auch kann er — unterblieben ist" nur eine auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung selbstverständliche Ausnahme von der Regel des Satz 1 hervorheben (vgl. D. 238), so daß an sich zweifelhaft sein könnte, ob neben dieser einen selbstverständlichen Ausnahme noch andere selbstverständliche Ausnahmen zugelassen sind, und ob mithin ein Gegenschluß aus dem Wort „abgeschlossene" dahin berechtigt ist, daß von nicht abgeschlossenen Geschäften selbst dann nicht Provision gefordert werden kann, wenn aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grund die Ausführung unterblieben ist. Indessen bemerkt D. 238 ausdrücklich: „Widerruft der Kommittent die Kommission vor Abschluß des Geschäfts, so steht dem Kommissionär nach dem ADH. ein Anspruch auf die Provision oder einen Teil der Provision nicht zu; bei diesem der Natur des Kommissionsgeschäfts und den Anschauungen des Handelsstandes entsprechenden Grundsatze muß es auch künftig sein Bewenden behalten." Die durch diese Worte bezeichnete Auslegung des HGB. § 396 wird zu grund zu legen und mithin § 396 als eine für den Kommissionsvertrag bestehende Ausnahme von BGB. § 649 Satz 2 anzuerkennen sein (ebenso ROH. 16 379, Staub Anm. 6, Lehmann Nr. 6, Düringer-Hachenburg Anm. II i; dagegen — in einem Fall von Verkaufskommission — RG. 13 IV 01 JW. 408[30]). — Dem Kommissionär verbleibt aber die Möglichkeit der Behauptung, daß die Gewährung einer Auslieferungsprovision im Fall eines Widerrufs ortsüblich sei. Ein solcher Ortsgebrauch ist verbreitet namentlich bei Verkaufskommissionen (Preuß. Entw. Art. 289 Abs. 3 z. ADH., P. 716). Auch kann im Einzelfall nach § 354 ein Anspruch auf eine Provision in der dort bezeichneten Höhe begründbar sein (Düringer-Hachenburg Anm. II i).

3. Ortsüblichkeit einer Auslieferungsprovision. Unter „Auslieferungsprovision“ wird eine Provision verstanden, die zu zahlen ist, wenn ohne Schuld des Kommissionärs eine Verkaufskommission nicht ausgeführt werden kann und infolgedessen der Kommissionär das ihm übergebene Gut wieder zurückgeben (ausliefern) muß. Sie kommt z. B. vor, wenn dies infolge Widerrufs des Kommittenten oder infolge Verschuldens des Kommittenten oder eines in der Person des Kommittenten eingetretenen Zufalls geschieht (Pr. Entw. Art. 289 Abs. 3 z. ADH.) oder wenn der Kommissionär die ihm gesetzte Preisgrenze trotz aller Bemühungen nicht zu erreichen vermag und der Kommittent hierdurch veranlaßt wird, anderweit über die Ware zu verfügen (P. 716). — Maßgebend ist in der Regel der Gebrauch desjenigen Orts, an dem der Kommissionär seine Handelsniederlassung hat; auch dann, wenn er auf Reisen nach anderen Orten an letzteren die Ware abzusetzen sucht (RG. 17 31).

b. **Höhe des Provisionsanspruchs.** Vgl. § 88 Anm. II. In erster Reihe gilt die Parteiabrede („die“ = die verabredete Provision). So kann z. B. dem Kommissionär statt Provision ein Anteil am etwaigen Gewinn (ROH. 22 77) oder eine feste Vergütung zuzüglich eines Anteils an etwaigem Überschuß über den erwarteten Erlös (RG. 5 11) zugesagt sein. Es kann auch die Höhe der Vergütung nur allgemein bestimmt, aber dem Kommissionär ein gewisser Spielraum bei der Berechnung gelassen sein (ROH. 13 75, BGB. § 315). Ist die Gewährung einer Provision nicht ausdrücklich vereinbart oder deren Höhe nicht vertraglich bestimmt, so folgt aus § 354 Abs. 1 (§ 354 Anm. II d), daß eine Provision nach den „an dem Orte“ üblichen Sätzen zu zahlen ist. Entscheidend ist in der Regel die Üblichkeit an demjenigen Ort, an dem der Kommissionär seine Handelsniederlassung hat (RG. 17 31). Bei Bemessung der Höhe ist zu beachten, daß die Provision nur für die kaufmännischen Dienste des Kommissionärs und seiner Leute gezahlt wird (P. 714), während etwaige Aufwendungen außerdem zu vergüten sind (§ 396 Abs. 2).

II. **Ersatzanspruch (§ 396 Abs. 2).**

a. **Das BGB.** § 670 (worauf BGB. § 675 zurückverweist) lautet:

„Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet.“

Für den Agenturvertrag enthält HGB. § 90 eine abweichende Regel. — Vertragliche Änderungen der Regel des BGB. § 670 sind zulässig. So z. B. Festsetzung eines Bauschbetrags für aufzuwendende Kosten (Bolze 14 Nr. 372; vgl. auch § 413).

b. **Voraussetzungen des Ersatzanspruchs.**

1. Aufwendungen. Vgl. § 354 Anm. I b 3. Über einzelne Beispiele von Aufwendungen unten zu c. Daß die Aufwendung tatsächlich gemacht ist, hat der Kommissionär darzutun. Es genügt nicht — außer im Fall des Selbsteintritts (§ 403) —, daß die Aufwendung eine in der Regel vorkommende ist. Gemachte Aufwendungen werden nicht ungeschehen durch Widerruf des Kommissionsauftrags; auch in diesem Fall bleiben sie daher zu ersetzen (D. 238). Daß der Kommissionär nicht verpflichtet ist, in Vorschuß zu gehen, vgl. unten Anm. III a. Über den Anspruch des Kommissionärs auf Befreiung von den in Ausführung des Kommissionsvertrags eingegangenen Verpflichtungen vgl. unten Anm. II d.

2. „Die er den Umständen nach für erforderlich halten darf.“ Nur darauf kommt es an, ob der Kommissionär bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt persönlich diese Ansicht haben durfte. Weder darauf, ob diese Ansicht sachlich eine zutreffende war, noch darauf, ob der erwartete günstige Erfolg der Aufwendung wirklich eingetreten ist. Nicht jeder einer Beförderung des Guts sich entgegenstellende Anspruch eines Dritten darf ohne Rückfrage beim Kommittenten und ohne Prüfung der Berechtigung des Anspruchs befriedigt werden, vielmehr in der Regel nur solche Ansprüche, die sich innerhalb des üblichen Maßes halten (ROH. 20 189). — Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Kommissionär eine Aufwendung für erforderlich halten darf, die nur infolge Nichterfüllung seitens des Kommittenten notwendig wird, vgl. unten Anm. III b.

c. Beispiele von Aufwendungen.

1. Bare Auslagen. So z. B. Fracht-, Zoll- (§§ 420 Abs. 1, 440 Abs. 1, ROH. 24 211), Porto-, Depeschenauslagen. Sie sind zu ersetzen (vgl. D. 72), soweit sie sich auf Ausführung des abgeschlossenen Kommissionsvertrags (§ 383 Anm. IV—VI), nicht jedoch, insoweit sie sich nur auf das Abschließen des Kommissionsvertrags beziehen. Zollauslagen z. B. auch, wenn ohne Verschulden des Kommissionärs die Zollbehörde zuviel erhoben hat (ROH. 2 315, vgl. 13 8); jedoch nicht, wenn der Kommissionär schuldhaft eine unnötige Verzollung veranlaßt hat (RG. 1 2). Briefpapier-Auslagen werden nach Handelsgebrauch nicht besonders berechnet (P. 714). In welchen Fällen gezahlte Versicherungsprämien berechnet werden dürfen, vgl. § 390 Anm. IV. Hierher gehören auch die Kosten einer in Ausführung der durch § 388 Abs. 1 auferlegten Pflicht veranlaßten Beweissicherung. Ebenso die Kosten eines gemäß § 388 Abs. 2 oder § 389 vorgenommenen Verkaufs.
2. Benutzung der Lagerräume und der Beförderungsmittel des Kommissionärs. Der § 396 Abs. 2 — im Anschluß an Art. 371 Abs. 1 ADH. (D. 238) — hebt ausdrücklich hervor, daß hierfür Vergütung zu gewähren ist. Bezüglich des Lagergelds folgt dies auch bereits aus § 354 Abs. 1. Über die Höhe des Lagergelds und über das Recht, es zu fordern auch bei Zurückhaltung der Ware in eigenem Interesse, vgl. § 354 Anm. III b, II c. Der Kommissionär, der Lagergeld fordert, muß im Fall des Bestreitens die tatsächlichen Angaben machen, die für Nachprüfung der Angemessenheit des Betrags der Forderung erforderlich sind (ROH. 7 380). Da das Lagergeld Ersatz ist, so ist es außer der Provision zu zahlen. Beispiel einer Benutzung von Beförderungsmitteln ist die Überführung des Kommissionsguts durch das Fuhrwerk des Kommissionärs (P. 714). — Der Handelsgebrauch greift jedoch dahin ein, daß unerhebliche derartige Aufwendungen nicht in Ansatz gebracht werden dürfen. Auch wird nicht selten die Parteiabrede dahin aufgefaßt werden müssen, daß besonderes Lagergeld neben der Provision nicht berechnet werden darf (vgl. Staub Anm. 17); so namentlich in denjenigen Fällen, in denen unter der Form der Verkaufskommission die wirtschaftlichen Zwecke eines Verkaufs unter Vorbehalt des Eigentums verfolgt werden.
3. Abnutzung von Gerätschaften. An sich ist auch eine derartige Aufwendung zu erstatten; doch werden hierher gehörige unerhebliche Aufwendungen nach Handelsgebrauch nicht in Ansatz gebracht, z. B. nicht Abnutzung von Wägevorrichtungen, Flaschenzügen, Winden, Stricken (P. 714, 1204).
4. Arbeitsleistung des Kommissionärs und seiner Leute. D. 238 bemerkt: „Ob der Kommissionär neben der Provision auch noch eine Vergütung für die Arbeit seiner Leute beanspruchen kann, wie dies im ADH. bestimmt ist, ist nach den Umständen des Falls, insbesondere nach der Natur der Dienste, unter Berücksichtigung der Handelssitte zu beurteilen.“ An sich fällt auch die aufgewendete Arbeitskraft unter den Begriff der Aufwendung (§ 354 Anm. I a 1). Insoweit die Dienste kaufmännische sind, liegt jedoch das Entgelt bereits in der Provision (oben Anm. I b). Zu vergüten sind im Zweifel z. B. die zur Erhaltung des vom Kommissionär aufbewahrten Guts vorgenommenen Arbeiten (§ 420 Anm. I b 2).
5. Vorschuß des Kommissionärs. Unter „Vorschuß“ können ungedeckte Aufwendungen oder in Anrechnung auf künftige Gegenforderungen gegebene Darlehne verstanden werden (§ 354 Anm. IV a, § 393 Anm. I a, vgl. RG. 8 371). In ersterer Bedeutung ist Vorschuß gleichbedeutend mit „bare Auslage“ (oben zu 1); in letzterer Bedeutung fällt er nicht unter § 396 Abs. 2, bewirkt indessen gleichfalls das Entstehen eines Pfandrechts des Kommissionärs (§ 397 Anm. I c 3). Wird ein Darlehn in Anrechnung auf eine spätere Gegenforderung gegeben, z. B. seitens des Verkaufskommissionärs in Anrechnung auf den zu erwartenden Erlös der Ware, so ist im Zweifel als gewollt zu erachten, daß der Vorschuß bis zum Entstehen der Gegenforderung, im obigen Beispiel bis zum Eingang des Erlöses, gestundet sein solle (ROH. 10 189). Eine solche Vorschußabrede ist Bestandteil des Kommissionsvertrags (RG. 8 370). — Nicht notwendig ist, daß der Vorschuß durch Hingabe von Bargeld erfolgt ist; auch z. B. in einer Gutschrift in Laufrechnung oder einer Akzepthingabe

kann ein Vorschuß liegen (Düringer-Hachenburg § 410 Anm. II 4e). — Ob der Kommissionär verpflichtet ist, in Vorschuß zu gehen, vgl. unten Anm. IIIa. — Eine beschränktere Bedeutung hat „Vorschuß“ in § 443 (§ 443 Anm. Ib).

6. Zinsen. Der Kommissionär ist berechtigt, von seinen Vorschüssen, Auslagen und anderen Verwendungen Zinsen vom Tag der Leistung ab zu berechnen (§ 354 Abs. 2), und zwar 5%, auch wenn der Kommittent nicht Kaufmann ist (§ 352 Abs. 2; zust. Düringer-Hachenburg Anm. Vd; dagegen Lehmann Nr. 11).

7. Auf Grund des Ausführungsgeschäfts bewirkte Leistungen des Kommissionärs an den Vertragsgegner. Da der Kommissionär in eigenem Namen mit dem Vertragsgegner abschließt, so bleibt er letzterem haftbar, auch wenn der Kommittent dem Kommissionär die an den Vertragsgegner zu bewirkende Leistung garnicht (ROH. 23 108), oder mangelhaft (ROH. 21 311) darbietet. Auch dasjenige, was der Kommissionär in solchem Fall zur Erfüllung seiner eigenen Verpflichtung gegenüber dem Dritten opfern muß, ist eine Aufwendung und daher dem Kommissionär seitens des Kommittenten zu ersetzen (Str. 40 326). So selbst, wenn die Nichterfüllung des Kommittenten auf dessen unverschuldetem Unvermögen beruhte (ROH. 23 108). Nur bezüglich des tatsächlich Geopferten besteht Ersatzpflicht (oben Anm. IIb 1); hat der Kommissionär sich mit dem Dritten auf eine geringere Leistung als die Vertragserfüllung geeinigt, so hat der Kommittent auch nur die geringere Leistung zu ersetzen (Str. 27 3). Neben solchem Ersatzanspruch bleibt, wie neben allen Ersatzansprüchen, ein etwaiger Anspruch auf Provision bestehen (Staub Anm. 15).

d. **Inhalt** des Ersatzanspruchs. Sind bare Auslagen gemacht, so hat der Kommittent eine gleich hohe Summe zu zahlen. Besteht die Aufwendung in Hingabe eines andersartigen Vermögenswerts (Arbeitskraft, Raumhergabe, Sachabnutzung), so ist eine bare Vergütung gleichen Vermögenswerts zu zahlen. Hat der Kommissionär nur Verpflichtungen übernommen, so hat der Kommittent nach Wahl des Kommissionärs Ersatz entweder in der Weise zu leisten, daß er unmittelbar den Kommissionär von jenen Verpflichtungen befreit bzw. für nichtfällige Verpflichtungen Sicherheit leistet (BGB. § 257), oder (ROH. 13 9) — da der Kommissionsvertrag dem Kommissionär ein Recht gibt, nach außen als für eigene Rechnung handelnd aufzutreten — in der Weise, daß er dem Kommissionär die Barbeträge oder Gegenstände zur Verfügung stellt, die zur Tilgung der eingegangenen Verpflichtungen erforderlich sind.

III. **Anspruch des Kommissionärs auf Leistung des zur Ausführung des Kommissionsauftrags Erforderlichen.**

a. **Inhalt** des Anspruchs. Im Verhältnis zum Kommittenten besteht mangels gegenteiliger Vertragsabrede keine Verpflichtung des Kommissionärs, ohne genügende Deckung Aufwendungen zu machen, z. B. (oben Anm. IIc 7) das Ausführungsgeschäft zu erfüllen oder (ROH. 13 9) Zollstrafen zu zahlen. Vielmehr ist der Kommittent auf Verlangen des Kommissionärs verpflichtet, diesem Vorschuß für die zur Ausführung des Kommissionsauftrags erforderlichen Aufwendungen zu leisten (BGB. §§ 669, 675, RG. 23 413). So selbst, wenn der Kommissionär Delkredere übernommen hat (Str. 16 179). Die im Kommissionsvertrag liegende Abrede wird im Zweifel dahin zu verstehen sein, daß für diejenigen Aufwendungen (oben Anm. IIc 7), die erforderlich sind, um dem dritten Vertragsgegner die durch das Ausführungsgeschäft versprochene Gegenleistung des Kommissionärs zu gewähren, sogar ohne besonderes Verlangen des Kommissionärs diesem durch den Kommittenten die Mittel darzubieten sind, so daß der Kommissionär nur die Leistung des Kommittenten weiterzugeben hat, nicht selbst in Vorschuß zu gehen braucht. Der Kommittent ist hiernach verpflichtet, den Kommissionär in den Stand zu setzen, das Ausführungsgeschäft rechtzeitig und ordnungsmäßig zu erfüllen; dem Verkaufskommissionär hat er also die von diesem verkaufte Ware bereitzustellen, dem Einkaufskommissionär das Kaufgeld, gegen welches dieser die Ware zu beziehen hat (Str. 40 325, RG. 23 413).

b. **Rechte des Kommissionärs bei Nichterfüllung** des Anspruchs seitens des Kommittenten. Liegt Verzug des Kommittenten vor, so treten die allgemeinen Wirkungen des Verzugs (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376) ein (§ 383 Anm. XIf). Auch der Erfüllungs-

anspruch ist klagbar (Planck³ § 669 Anm. 1 gegen Begründung zum BGB. 2 540), solange der Kommittent ihn nicht durch Widerruf des Kommissionsauftrags zum Erlöschen bringt; Widerruf ist aber nicht stets zulässig (§ 383 Anm. XIc 1), und zulässiger Widerruf bringt nicht jeden Erfüllungsanspruch zum Erlöschen (oben Anm. IIb 1). Auch wenn die Nichterfüllung des Kommittenten von diesem nicht zu vertreten ist, kann der Kommissionär Ersatz desjenigen fordern, was er aufwenden mußte, um das Ausführungsgeschäft zu erfüllen (oben Anm. IIc 7). Zu unterscheiden ist zwischen dem Fall, daß der Kommissionär eine Aufwendung macht, die er nach Inhalt des Kommissionsvertrags machen sollte, und dem Fall, daß er eine Aufwendung macht, die nicht im Kommissionsvertrag vorausgesehen war, sondern nur durch später eintretende Verhältnisse notwendig wurde. Im letzteren Fall muß der Kommissionär beweisen, daß er die Aufwendung für erforderlich halten durfte (oben Anm. IIb 2). So muß er, wenn eine Aufwendung durch Nichterfüllung des Kommittenten notwendig wurde, beweisen, daß er vom Kommittenten nicht Erfüllung erlangen konnte. Hierzu aber gehört, auch wenn der Kommittent die Nichterfüllung nicht zu vertreten hat, Fristsetzung unter Androhung der Leistungsablehnung (außer nach ernstlicher Weigerung des Kommittenten oder mangelndem Interesse an nachträglicher Vertragserfüllung oder bei Fixgeschäft oder Unmöglichkeit der Erfüllung), da der nicht in Verzug befindliche Kommittent nicht schlechter stehen darf als der in Verzug befindliche. Sind diese Förmlichkeiten gewahrt, so darf, wenn der Kommittent nicht rechtzeitig die dem Dritten verkaufte Ware einsendet, der Kommissionär z. B. diese anderweit für Rechnung des Kommittenten ankaufen (Str. 40 325). — Der Kommissionär hat ferner das Recht, auf dem Weg der §§ 397, 398 Befriedigung wegen seiner Ansprüche zu suchen.

IV. **Verjährung.** Sowohl der Provisions- wie der Ersatzanspruch des Kommissionärs verjährt in der Regel in zwei Jahren seit Schluß des Jahrs, in welchem er entstanden ist (BGB. §§ 196 Abs. 1 Nr. 1, 198—201, D. 246; dagegen für früheres Recht Str. 57 221); er verjährt in vier Jahren seit jenem Zeitpunkt, wenn der Kommissionsauftrag ein dem Gewerbebetrieb des Kommittenten zugehöriger war (BGB. § 196 Abs. 2). Der in Anm. III behandelte Anspruch unterliegt nicht immer der kurzen Verjährung; über einen aus langer Nichtgeltendmachung zu schließenden Verzicht vgl. § 346 Anm. IIIa 4, Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVIe.

V. **Erfüllungsort.** Vgl. § 383 Anm. XIe.

VI. **Einrede des nichterfüllten Vertrags.** Vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. Ib. Der Kommittent kann sie z. B. darauf gründen, daß der Kommissionär ihm nicht gehörig Rechnung gelegt habe; der Kommissionär hat in dieser Beziehung vorzuleisten (Str. 80 276, ROH. 10 190, 22 4, Bolze 1 Nr. 465). Mithin kann der Kommissionär, der nicht gehörig Rechnung gelegt hat, nur klagen, wenn der Kommittent in Annahmeverzug ist, und auch dann nur auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung (BGB. § 322 Abs. 2). Für die Vollstreckung eines demgemäß ergangenen Urteils ist nach BGB. § 322 Abs. 3 die Vorschrift des BGB. § 274 Abs. 2 trotz ihrer engeren Fassung gleichfalls maßgebend (Planck³ § 322 Anm. 3). Ist in der Rechnung des Kommissionärs nur ein einzelner, verhältnismäßig geringfügiger Posten unbelegt, so kann der Kommittent hierauf in der Regel nicht die Rückhaltung seiner ganzen geschuldeten Gegenleistung gründen (BGB. § 320 Abs. 2, OLG. Hamburg 29 IV 90 HGZ. 40 533). — Ist die Rechnungslegungspflicht des Kommissionärs bereits erledigt, z. B. durch stillschweigenden Verzicht des Kommittenten (§ 384 Anm. Vd), so kann der Kommittent hierauf keine Einrede gründen.

VII. **Unklagbarer Kommissionsauftrag.** Die Erteilung und Übernahme eines Kommissionsauftrags zum Abschluß von Börsentermingeschäften begründet kein Schuldverhältnis (BörsG. § 66 Abs. 2). Ebensowenig erzeugt nach gemeinbürgerlichem Recht der einem Kommissionär erteilte Wett- oder Spielauftrag für diesen einen klagbaren Anspruch auf Provision oder Erstattung der Spiel- oder Wettaufwendungen (RG. 51 159); über die Frage, ob andersartige Ansprüche, vgl. RG. 43 152 gegen 40 259. — Nichtig, weil unsittlich, ist ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, nahe der Grenze Waren, die zur Einschmuggelung in einen befreundeten Staat unter Hinterziehung des Eingangszolls bestimmt sind, zwecks Erleichterung dieses Vorhabens zu lagern (RG. 42 297); andrerseits haftet der sich so Verpflichtende seinem

Vertragsgegner nicht für jeden diesem bei dieser Gelegenheit entstehenden Schaden (RG. 56 182). Entsprechend bei Kommissionsauftrag zum Schmuggel. — Ist der Kommissionsauftrag unwirksam, so muß der Auftragsempfänger das von ihm daraufhin in eignem Namen mit einem Dritten abgeschlossene Geschäft als auch für eigne Rechnung geschlossen gelten lassen (RG. 49 62).

§ 397.

Pfandrecht des Kommissionärs.

Der Kommissionär hat an dem Kommissionsgute, sofern er es im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann, ein Pfandrecht wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, der Provision, der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften.

ADH. Art. 374 Abs. 1. **Entw. I** § 370. **Entw. II** § 389.

I. Voraussetzungen.
II. Wirkung.
III. Abweichende Vereinbarung.
IV. Sonstige Sicherungsrechte des Kommissionärs.

I. **Voraussetzungen des Pfandrechts.**

a. Kommissionsgut. Über diesen Begriff vgl. § 388 Anm. I a 1.

1. Allgemeines. In Art. 374 ADH. (jetzt § 397) wurde der Ausdruck „Kommissionsgut" gesetzt, da man den im Preuß. Entwurf gebrauchten Ausdruck „ihm anvertrautes oder von ihm angekauftes oder besorgtes Gut" für zu eng hielt (P. 1208); der erstere Ausdruck ist daher bei Anwendung des § 397 umfassender als der letztere. Er umfaßt mithin z. B. auch diejenigen Waren, die einem Kommissionär in Erwartung eines erst demnächst zu erteilenden Kommissionsauftrags seitens des künftigen Erteilers übergeben worden sind (M. 159, ROH. 20 90); dagegen wurde nicht als Kommissionsgut angesehen, was der Kommissionär auf Grund eines aufschiebend bedingt übernommenen Kommissionsauftrags eingekauft hatte, wenn demnächst die Bedingung nicht eintrat (Bolze 3 Nr. 620). Andrerseits macht weder Widerruf des Kommissionsauftrags noch sonstiges Erlöschen des Kommissionsvertrags die frühere Eigenschaft als Kommissionsgut rückwirkend ungeschehen, hebt daher nicht ein bereits begründetes Pfandrecht auf (Hahn Art. 374 § 6). Kommissionsgut sind ferner z. B. diejenigen Wertpapierforderungen, die der Umtauschkommissionär eingetauscht hat, wenngleich der Umtausch unentgeltlich geschehen ist (RG. 33 109).
2. Nicht dem Pfandrecht unterliegendes Kommissionsgut. Kommissionsgut können auch Ausweis-(Legitimations-) und Beweisurkunden sein, z. B. Erneuerungsscheine (dagegen RG. 3 154); da sie jedoch keinen selbständigen Vermögenswert haben, kann an ihnen kein selbständiges Pfandrecht bestehen (RG. 3 155, 51 86; ob ein Rückhaltungsrecht, vgl. § 369 Anm. IV a 3), und aus diesem Grund unterliegen sie nicht dem § 397. Ebenso können Kommissionsgut auch Gegenstände sein, deren Eigner der Kommissionär ist (§ 388 Anm. I a 1); auch diese unterliegen trotzdem nicht dem § 397, weil an eigenen Gegenständen kein Pfandrecht bestehen kann (ob ein Rückhaltungsrecht, vgl. § 369 Abs. 1 Satz 2); für sie enthält § 398 eine Sonderbestimmung.
3. Eigentum oder belastendes Recht eines Dritten am Kommissionsgut. Über die Frage, in welchen Fällen der Kommissionär ein Pfandrecht an Gegenständen erwirbt, deren Eigner ein Dritter ist, und in welchen Fällen das Pfandrecht des Kommissionärs einem älteren belastenden Recht eines Dritten vorgeht, vgl. § 366 Anm. I b 7, II c 1 (D. 239). Beispiele in RG. 29 48, 33 110. Über die Frage, in welchen Fällen, das Pfandrecht des Kommissionärs erlischt bzw. den Vorrang verliert, wenn später ein Dritter Eigentum oder ein belastendes Recht erlangt, vgl. BGB. §§ 936, 1208, 1257

HGB. § 366; insbesondere über den Rang des Pfandrechts des Kommissionärs gegenüber Pfandrechten des Speditörs, Lagerhalters und Frachtführers HGB. § 443.

b. **Besitz.** Vgl. § 369 Anm. IV e.

c. **Forderung.** Der § 397 zählt bestimmte Forderungen auf, die ein Pfandrecht geben. Wegen Forderungen, die nicht mit dem Kommissionsvertrag zusammenhängen, hat der Kommissionär nicht das Pfandrecht aus § 397, aber möglicherweise (unten Anm. IV) andere Sicherungsrechte. — Unerheblich ist, ob die Forderung bereits vor oder erst nach Erlangung des Besitzes durch den Kommissionär entstanden ist; auch in ersterem Fall besteht das Pfandrecht, sobald Besitz erlangt ist.

1. „Auf das Gut verwendete Kosten." Dies wird nicht auf bare Auslagen beschränkt werden dürfen, sondern auf jede Art von Aufwendungen (§ 396 Anm. II c, § 420 Anm. I b 2) auszudehnen sein, insoweit sie „auf das Gut" geschehen sind (vgl. § 354 Anm. I b 3; vgl. § 410: „Verwendungen"). Eingeschlossen ist daher z. B. der Lagergeldanspruch des Kommissionärs für eigene Lagerung, ausgeschlossen z. B. (außer soweit unter „Forderungen aus laufender Rechnung", unten zu 5, fallend) der vom Verkaufskommissionär ausgelegte Kaufpreis für anderweite rechtzeitige Beschaffung des vom Kommittenten zu spät gelieferten Guts. — Nach den neben § 397 anwendbar bleibenden Bestimmungen des BGB. §§ 1210 Abs. 2, 1257 haftet das Pfand für die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen, für die dem Pfandgläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung sowie für die Kosten des Pfandverkaufs.
2. „Provision." Hierunter ist auch eine Delkredereprovision (§ 394 Anm. III) und eine Auslieferungsprovision (§ 396 Anm. I a 3) mitbegriffen.
3. „Auf das Gut gegebene Vorschüsse und Darlehen." Über Vorschüsse vgl. § 396 Anm. II c 5. Die Worte „und Darlehen" haben keine selbständige Bedeutung (§ 410 Anm. I c 4). Auch wegen derjenigen Vorschüsse, die Darlehne sind, besteht das Pfandrecht (RG. 29 48). Ein Vorschuß ist auch die durch Selbsteintritt als Verkäufer erzeugte Kaufpreisforderung des Kommissionärs, nachdem dieser vorgeleistet hat (vgl. § 404 Anm.).
4. „Mit Rücksicht auf das Gut gezeichnete Wechsel oder in anderer Weise eingegangene Verbindlichkeiten." Welchen Inhalt die Forderung des Kommissionärs in diesem Fall hat, vgl. § 396 Anm. II d. Wechselzeichnungen der in § 397 erwähnten Art sind wohl stets die im Fall des § 395 erfolgten, wenngleich die Fassung des § 397 auf den Fall, daß der Kommissionsauftrag nur auf Ankauf eines Wechsels lautet, schlecht paßt. Aber auch in anderen als den durch § 395 getroffenen Fällen kann ein Wechsel „mit Rücksicht auf das Gut" gezeichnet werden; so namentlich, wenn der Verkaufskommissionär zu gunsten des Kommittenten schon vor ausgeführtem Verkauf einen Wechsel über den zu erwartenden Kaufpreis zeichnet und begibt.
5. „Alle Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften." Die zu 1—4 aufgeführten Forderungen beziehen sich nur auf den betreffenden einzelnen Kommissionsvertrag, die zu 5 aufgeführten auf beliebige unter den Parteien geschlossene Kommissionsverträge. — Auch dann, wenn die laufende Rechnung sich nicht lediglich auf das Kommissionsverhältnis bezieht, besteht das Pfandrecht; doch sind dann bei Ermittlung derjenigen Forderungen, für die das Pfandrecht in Anspruch genommen werden kann, die auf andere Verhältnisse sich beziehenden Posten sowohl auf der Debet- wie auch auf der Kreditseite unberücksichtigt zu lassen (RG. 9 430). Für die Zeit nach Anerkennung des Rechnungsabschlusses greift § 356 ein. — Ob in § 397 unter „laufender Rechnung" nur dasjenige verstanden ist, was unter den in § 355 bestimmten Begriff fällt, ist streitig. Dahingestellt: ROH. 20 87. Verneinend: RG. 9 430, Hahn Art. 374 § 8, Cosack HR. § 43 II 13 b, Lehmann Nr. 7. Bejahend: M. 158, Staub Anm. 1, Düringer-Hachenburg Anm. II f, Goldmann Nr. 5. Trotz der für die Bejahung sprechenden Entstehungsgeschichte wird für die Verneinung zu entscheiden sein, weil sonst in Fällen, in denen keine Laufrechnung im strengen Sinn besteht, der Kommissionär für gewisse aus Anlaß des Kommissionsverhältnisses entstandene Forderungen kein Pfandrecht hätte, so z. B. der Verkaufs-

kommissionär nicht für die Forderung auf Ersatz des Kaufpreises, den der Kommissionär bar gezahlt hat, um bei Ausbleiben der Lieferung des Kommittenten anderweite Ware zur Lieferung an den Dritten zu beschaffen. Nimmt man die verneinende Ansicht an, so sind allerdings sowohl die Worte „aus laufender Rechnung“ wie auch die ganze Aufzählung einzelner Arten von Forderungen überflüssig; das Pfandrecht würde dann dem Kommissionär schlechtweg wegen „aller Forderungen gegen den Kommittenten aus Kommissionsgeschäften“ zustehen. Mithin z. B. auch bezüglich einer Forderung auf Ersatz des durch das Kommissionsgut ihm auf Grund eines Verschuldens des Kommittenten zugefügten Schadens (Lehmann Nr. 5).

6. Einschränkung des Aufbewahrungsgesetzes. Der § 8 AufbewahrungsG. lautet:

„Ein Kaufmann, welcher im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde Wertpapiere der im § 1 bezeichneten Art einem Dritten zum Zweck der Aufbewahrung, der Veräußerung, des Umtausches oder des Bezugs von anderen Wertpapieren, Zins- oder Gewinnanteilscheinen ausantwortet, hat hierbei dem Dritten mitzuteilen, daß die Papiere fremde seien. Ebenso hat er in dem Falle, daß er einen ihm erteilten Auftrag zur Anschaffung solcher Wertpapiere an einen Dritten weitergibt, diesem hierbei mitzuteilen, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe.

Der Dritte, welcher eine solche Mitteilung empfangen hat, kann an den übergebenen oder an den neu beschafften Papieren ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen an seinen Auftraggeber geltend machen, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind.“

Das Aufbewahrungsgesetz betrifft nicht nur den Fall eines gesetzlichen Pfandrechts oder Zurückbehaltungsrechts, sondern auch den eines vertraglichen; es setzt ferner nicht notwendig voraus, daß der Mittelsmann oder der Dritte ein Kommissionär ist, schließt aber diese Möglichkeit ein. Ist im Einzelfall der Dritte Kommissionär, so enthält AufbewahrungsG. § 8 Abs. 2 eine Einschränkung des in HGB. § 397 gewährten Pfandrechts für Forderungen aus laufender Rechnung. Das genauere Verhältnis der beiden Bestimmungen zueinander hängt von der streitigen (oben zu 5) Auslegung der in § 397 gebrauchten Worte „aus laufender Rechnung“ ab. — Solange nichts als die in AufbewahrungsG. § 8 vorgeschriebene Mitteilung vorliegt, darf der erste Mittelsmann gegenüber dem zweiten Mittelsmann („Dritter“ des Aufbewahrungsgesetzes) nur die Herausgabe verlangen oder solche tatsächlichen oder rechtlichen Verfügungen über die Papiere treffen, welche die Auffassung zulassen, daß sie im Interesse des ursprünglichen Auftraggebers erfolgen; zu weitergehenden Verfügungen ist er gegenüber dem zweiten Mittelsmann nur befugt, insoweit dieser redlicherweise des ersteren Befugnis hierzu annehmen kann (RG 41 35). Kein Weitergeben des Auftrags im Sinn des AufbewahrungsG. § 8 liegt in einem Weitergeben für eigene Rechnung; so z. B. wenn der erste Mittelsmann dem zweiten einen Anschaffungsauftrag weitergibt, um sich für eigene Rechnung das Papier zu verschaffen, bezüglich dessen er dann gegenüber seinem Auftraggeber als Selbstkäufer eintreten will (vgl. RG. 25 72).

II. **Wirkung des Pfandrechts.** Die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht (BGB. §§ 1210 ff.) finden entsprechende Anwendung (BGB. § 1257, D. 240) mit der in HGB. § 368 bestimmten Maßgabe, daß, falls auch für den Kommittenten der Kommissionsvertrag Handelsgeschäft ist, die Wartefrist nach Androhung des Pfandverkaufs nur eine Woche beträgt. Das Pfandrecht des Kommissionärs gibt im Konkurs ein Absonderungsrecht (KO. § 49 Nr. 2). Über den Rang dieses Pfandrechts gegenüber den Pfandrechten des Lagerhalters, Speditörs und Frachtführers vgl. § 443, gegenüber dem Pfandrecht der Reichskasse, Staatskasse, Gemeinden-, Amts-, Kreis- und Provinzialverbände vgl. KO. § 49 Abs. 2, G. 17 V 98 (RGBl. 249) Art. III. Auch der Besitz mittels Verfügungspapiers genügt, um die Pfändung der Sache durch einen Gläubiger des fremden Sacheigentümers zu hindern (RG. 9 427). In dem Pfandrecht liegt auch ein Herausgabeweigerungsrecht (BGB. §§ 986, 1227, 1232); der Kommissionär ist nicht zu sofortigem Pfandverkauf verpflichtet (RG. 1 305). Nur in Ausnahmefällen (BGB. §§ 1218, 372 ff., 1224) ist er genötigt, sich mit Sicherstellung statt Be-

friedigung zu begnügen (RG. 1 305, OLG. Hamburg 14 IV 03 OLGRspr. 6 470). Über die Einwirkung später erworbenen Eigentums oder belastenden Rechts eines Dritten vgl. oben Anm. Ia3. Über die Sorgfaltspflicht bei Ausführung des Pfandverkaufs vgl. § 384 Anm. Ic; über den hierbei etwa bestehenden Widerstreit zwischen dem eigenen Interesse des Kommissionärs und dem des Kommittenten vgl. § 384 Anm. IIa. Über das Recht auf Berechnung einer Provision für den Verkauf vgl. § 354 Anm. IIc.

III. **Abweichende Vereinbarung.** Zulässig ist ein vertraglicher Ausschluß des Pfandrechts. Ebenso eine Beschränkung, z. B. hinsichtlich der Forderungen, wegen deren es bestehen soll. Eine Vereinbarung über eine von der gesetzlichen abweichende Art des Pfandverkaufs ist nur in den Grenzen des BGB. § 1245 zulässig (§ 368 Anm. I b, ROH. 14 189, 16 124). Zulässig ist auch die Bestellung eines vertraglichen Pfandrechts neben dem gesetzlichen (D. 239).

IV. **Sonstige Sicherungsrechte des Kommissionärs.**

a. **Zurückbehaltungsrecht.** Sowohl das Zurückbehaltungsrecht des BGB. § 273 wie dasjenige des HGB. §§ 369ff. kann im Einzelfall in Betracht kommen. Das letztere setzt namentlich ein beiderseitiges Handelsgeschäft voraus.

b. **Verfolgungsrecht.** Nach KO. § 44 kann der Einkaufskommissionär Waren, die von einem anderen Ort an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Ort der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind. Über die Frage des Vorrangs zwischen dem Verfolgungsrecht und einem Zurückbehaltungsrecht des Beförderers vgl. § 369 Anm. VId.

c. **Befriedigung aus eigenem Kommissionsgut und Kommissionsforderungen.** Hierüber bestimmen §§ 398, 399.

§ 398.

Befriedigung aus eigenem Kommissionsgut.

Der Kommissionär kann sich, auch wenn er Eigenthümer des Kommissionsguts ist, für die im § 397 bezeichneten Ansprüche nach Maßgabe der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften aus dem Gute befriedigen.

ADH. Art. 375. **Entw. I** § 372. **Entw. II** § 390.

I. **Voraussetzungen des Befriedigungsrechts aus § 398.**

a. **Kommissionsgut.** Vgl. § 388 Anm. Ia1, § 397 Anm. Ia.

b. **Eigentum des Kommissionärs.** Durch dies Merkmal unterscheidet sich die Vorschrift des § 398 von derjenigen des § 397. Der § 398 hat nur die Bedeutung, daß er auch für den Fall, daß wegen Zusammentreffens von Eigentum und Pfandrecht in einer Person letzteres nicht zur Entstehung kommt oder erlischt (vgl. jedoch BGB. § 1256), dem Kommissionär dennoch dieselben Rechte gewährt, die ihm nach § 397 im Fall eines Pfandrechts zustehen würden. D. 240 erwähnt nur den Fall, daß der Kommissionär noch Eigentümer ist. Ausnahmsweise kann aber auch vorkommen, daß der Kommissionär schon Eigentümer ist; auch diesen Fall deckt § 398. Wann der Verkaufskommissionär Eigentum verliert und der Einkaufskommissionär Eigentum erwirbt, vgl. § 383 Anm. XIg, h.

c. **Besitz.** Dies Merkmal ist zwar nicht erwähnt, doch ist ohne Besitz ein Pfandverkauf unausführbar.

d. **Forderung.** Nur einer „der im § 397 bezeichneten Ansprüche" (§ 397 Anm. Ic 1—5) gibt das Befriedigungsrecht (vgl. jedoch unten Anm. II). Die Ausnahme des AufbewahrungsG. § 8 (§ 397 Anm. Ic6) greift auch im Fall des § 398 ein („an den neu beschafften Papieren"). Die Forderung muß fällig sein (BGB. § 1228).

II. **Wirkung des Befriedigungsrechts.** Nach D. 240 sollte die Vorschrift des § 398 zugleich den Zweck haben, durch Bindung des Kommissionärs an die Beobachtung der Förmlichkeiten des Pfandverkaufs den Kommittenten gegen Willkürlichkeiten des Kommissionärs zu schützen. Dieser

Zweck wird aber wohl nur in beschränkter Weise erreicht. Denn § 398 setzt voraus, daß es sich um Kommissionsgut handelt, dessen Eigentümer der Kommissionär ist; veräußert aber der Kommissionär das ihm gehörende Gut ohne Beachtung der Pfandverkaufsbestimmungen, so macht er sich schlimmstenfalls schadensersatzpflichtig (§ 384 Anm. VIe), und gegenüber der Schadensersatzforderung kann er, außer wenn der Verkauf eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung war (BGB. § 393), mit seinen Gegenansprüchen aufrechnen. Überdies ist, wenn im Einzelfall Leistungsverzug des Kommittenten vorliegt, der Kommissionär nicht auf das Recht aus § 398 beschränkt, hat vielmehr die allgemeinen Rechte aus BGB. §§ 326, 361 (§ 383 Anm. XIf; dagegen Staub Anm. 2); die gegenteilige Entscheidung ROH. 11 10, die auf Grund der den Verzug ausdrücklich erwähnenden Fassung des Art. 375 ADH. ergangen ist, kann für den abweichend gefaßten § 398 nicht mehr als zutreffend anerkannt werden; auch würde die hier verworfene Auslegung dazu führen, daß bei Verzug des Kommittenten derjenige Kommissionär, der ihm selbst gehöriges Kommissionsgut in Händen hat, geringere Rechte hätte als derjenige Kommissionär, der kein solches Kommissionsgut besitzt. — Unter Umständen können gleichzeitig auch die Fälle der §§ 388 Abs. 2, 389 vorliegen, so in der Regel, wenn der Kommissionär Herausgabe Zug um Zug gegen Bezahlung seiner Forderungen anbietet (vgl. auch Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. If), der Kommittent aber Bezahlung ablehnt und unzulässigerweise Herausgabe ohne gleichzeitige Bezahlung verlangt (§ 388 Anm. IIc, § 389 Anm. I); in solchem Fall hat der Kommissionär auch das Recht, gemäß § 373, unter Umständen auch gemäß BGB. §§ 383ff., zu verkaufen.

§ 399.

Befriedigung aus Kommissionsforderungen.

Aus den Forderungen, welche durch das für Rechnung des Kommittenten geschlossene Geschäft begründet sind, kann sich der Kommissionär für die im § 397 bezeichneten Ansprüche vor dem Kommittenten und dessen Gläubigern befriedigen.

ADH. Art. 374 Abs. 2. **Entw. I** § 371. **Entw. II** § 391.

I. **Beziehungen des § 399 zu anderen Gesetzesvorschriften.** Der Kommissionär, da er in eignem Namen das Ausführungsgeschäft schließt, ist Eigner der ausstehenden Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft und nur forderungsrechtlich verpflichtet, sie dem Kommittenten abzutreten (§ 392 Anm. IIIa). Darüber hinaus schreibt § 392 Abs. 2 zu gunsten des Kommittenten eine Unterstellung des Inhalts vor, daß im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern auch die nicht abgetretenen derartigen Forderungen des Kommissionärs als Forderungen des Kommittenten gelten. Der § 399 hat lediglich die Bedeutung, diese Unterstellung dahin einzuschränken (D. 241; dagegen Düringer-Hachenburg § 392 Anm. III2a), daß trotz derselben der Kommissionär wegen seiner im § 397 bezeichneten Ansprüche den Vorrang vor dem Kommittenten und dessen Gläubigern hat. — Ein Pfandrecht des Kommissionärs könnte infolge der Unterstellung des § 392 Abs. 2 an sich auch an Forderungen, deren Eigner der Kommissionär ist, bestehen; indessen ist § 397 nicht auf derartige Forderungen anwendbar, weil er nur ein Pfandrecht am „Kommissionsgut" festsetzt, die im § 399 behandelten Forderungen aber nicht unter jenen Begriff fallen (§ 388 Anm. Ia1).

II. **Forderungen, welche durch das für Rechnung des Kommittenten geschlossene Geschäft begründet sind,** sind der Gegenstand des Befriedigungsrechts. Der Begriff ist der gleiche wie im § 392 der Begriff „Forderungen aus einem Geschäfte, das der Kommissionär abgeschlossen hat." Über die notwendige ausdehnende Auslegung vgl. § 392 Anm. Ib. Nicht nur Forderungen auf Zahlung von Geld, sondern z. B. auch Forderungen auf Lieferung von Ware können in Betracht kommen; so die Erfüllungsforderung des Einkaufskommissionärs gegen den dritten Verkäufer.

III. **Die im § 397 bezeichneten Ansprüche** (§ 397 Anm. Ic). Nur diese geben das Vorwegbefriedigungsrecht des § 399. Darüber hinaus verbleibt es bei der Unterstellung des § 392. Mithin kann die Konkursmasse des Kommissionärs das Absonderungsrecht des Kommittenten

nicht durch Geltendmachung von Forderungen des Kommissionärs beschränken, die nicht zu den in § 397 bezeichneten Ansprüchen gehören. Das Recht aus § 399 besteht an sich auch wegen nichtfälliger Ansprüche; über den Fall einer Vorleistungspflicht des Kommissionärs vgl. unten Anm. IV.

IV. **Inhalt des Befriedigungsrechts.** Es ist weder ein Pfandrecht noch ein pfandartiges Recht, sondern eine Folgerung daraus, daß der Kommissionär Eigner der Forderungen ist. Der § 399 hebt nur in beschränktem Umfang die Ausnahme auf, die § 392 Abs. 2 von dieser ursprünglich bestehenden Folgerung macht; in diesem beschränkten Umfang verbleibt es also lediglich bei dem ursprünglichen Rechtszustand. Hieraus folgt, daß für den Fall des § 399 die Vorschriften über Verwertung eines Pfandrechts an Forderungen nicht anwendbar sind. Auf Grund des Befriedigungsrechts darf der Kommissionär sogar entgegen der Weisung des Kommittenten die Forderung einziehen. Gelangt durch die Einziehung Kommissionsgut in den Besitz des Kommissionärs, so entsteht hieran nunmehr ein Recht aus § 397 oder § 398, je nachdem, wer nunmehr Eigentümer desselben ist. Im Befriedigungsrecht liegt als Geringeres das Recht, bis zu erfolgter Befriedigung die Abtretung der ausstehenden Forderungen zu verweigern (vgl. auch BGB. § 320). Sowohl das Befriedigungsrecht wie das Herausgabeweigerungsrecht ist vertraglich änderbar; wegen nichtfälliger Ansprüche des Kommissionärs (oben Anm. III) besteht es daher nicht, wenn im Kommissionsvertrag Vorleistungspflicht des Kommissionärs bedungen ist. Ist Vorleistungspflicht bedungen, so greift aber bei nachträglicher wesentlicher Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Kommittenten die Bestimmung des BGB. § 321 ein. — Über die Frage, ob der Kommissionär bei Verzug des Kommittenten weitergehende Rechte hat, vgl. § 383 Anm. XI f, § 398 Anm. II.

§ 400.

Selbsteintrittsrecht.

Die Kommission zum Einkauf oder zum Verkaufe von Waaren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, sowie von Werthpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, kann, wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat, von dem Kommissionär dadurch ausgeführt werden, daß er das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer liefert oder das Gut, welches er verkaufen soll, selbst als Käufer übernimmt.

Im Falle einer solchen Ausführung der Kommission beschränkt sich die Pflicht des Kommissionärs, Rechenschaft über die Abschließung des Kaufes oder Verkaufs abzulegen, auf den Nachweis, daß bei dem berechneten Preise der zur Zeit der Ausführung der Kommission bestehende Börsen- oder Marktpreis eingehalten ist. Als Zeit der Ausführung gilt der Zeitpunkt, in welchem der Kommissionär die Anzeige von der Ausführung zur Absendung an den Kommittenten abgegeben hat.

Ist bei einer Kommission, die während der Börsen- oder Marktzeit auszuführen war, die Ausführungsanzeige erst nach dem Schlusse der Börse oder des Marktes zur Absendung abgegeben, so darf der berechnete Preis für den Kommittenten nicht ungünstiger sein als der Preis, der am Schlusse der Börse oder des Marktes bestand.

Bei einer Kommission, die zu einem bestimmten Kurse (erster Kurs, Mittelkurs, letzter Kurs) ausgeführt werden soll, ist der Kommissionär ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Absendung der Ausführungsanzeige berechtigt und verpflichtet, diesen Kurs dem Kommittenten in Rechnung zu stellen.

Bei Werthpapieren und Waaren, für welche der Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, kann der Kommissionär im Falle der Ausführung der

Kommission durch Selbsteintritt dem Kommittenten keinen ungünstigeren Preis als den amtlich festgestellten in Rechnung stellen.

ADH. Art. 376 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, **Entw. I** § 374. **Entw. II** § 392. **BörsG.** § 71 Abs. 1—5.

I. Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Selbsteintritts (§ 400 Abs. 1).

a. **Verkaufskommission.** Vgl. § 383 Anm. VIII g. Für den Fall des Speditionsauftrags enthält § 412 eine entsprechende Bestimmung. Für andere Fälle von Kommission mangelt eine gesetzliche Regel; ob dem Kommissionär das Wahlrecht der Ausführung durch Selbsteintritt zusteht, hängt dann von der Auslegung des Vertragswillens im Einzelfall unter Berücksichtigung des Handelsgebrauchs ab. Auch bei betagten oder bedingten Geschäften ist Selbsteintritt nicht ausgeschlossen (ROH. 22 238).

b. **Waren mit Börsen- oder Marktpreis oder Wertpapiere mit amtlich festgestelltem Börsen- oder Marktpreis.** Waren vgl. § 1 Anm. IX d. Wertpapiere vgl. § 1 Anm. IX e, § 179 Anm. IV b; hierzu gehören auch Wechsel (BörsG. § 80; vgl. aber Sieveking in ZHR. 44 25). Börsen- oder Marktpreis vgl. § 261 Anm. IV a, b. Selbsteintritt ist kraft Gesetzes nicht zulässig, wenn kein Börsen- oder Marktpreis vorhanden ist (P. 734, 1212, ROH. 12 187, RG. 34 120, OLG. Hamburg 12 I 85 ZHR. 36 267); doch zieht § 402 der Vertragsfreiheit in dieser Beziehung (§ 400 Abs. 1) keine Schranke, so daß mit ausdrücklicher Zustimmung des Kommittenten der Selbsteintritt auch in solchem Fall zulässig (RG. 53 368) und — da §§ 400 Abs. 2—5, 401 überall das Vorhandensein eines Börsen- oder Marktpreises voraussetzen — auch nicht den Beschränkungen der §§ 400 Abs. 2—5, 401 als zwingenden (§ 402) unterworfen (ähnlich Lehmann Nr. 30, Düringer-Hachenburg Anm. II 2 c; dagegen Staub Anm. 5) ist. Bei Wertpapieren ist kraft Gesetzes Selbsteintritt auch dann nicht zulässig, wenn ein Börsen- oder Marktpreis zwar vorhanden, aber nicht amtlich festgestellt ist. Preisbegrenzung ersetzt nicht das Vorhandensein eines Börsen- oder Marktpreises (ROH. 12 187). Über amtliche Feststellung des Börsenpreises an deutschen Börsen bestimmt BörsG. §§ 29 ff. Nicht notwendig an deutschen Börsen muß nach § 400 die amtliche Feststellung erfolgt sein; vielmehr kommt es auf den Ort an, wo nach Parteiwillen der betreffende Kommissionsauftrag ausgeführt werden soll (vgl. § 261 Anm. IV c; abweichend Staub Anm. 4), denn durch die Notwendigkeit amtlicher Feststellung als Voraussetzung der Zulässigkeit des Selbsteintritts soll dem Kommittenten die Gewähr verschafft werden, daß er die Wertpapiere zu gleich günstigen Bedingungen umsetzt, wie der Kommissionär am vereinbarten Ausführungsort sie hätte umsetzen können. Nur wenn der Ausführungsort weder ausdrücklich noch stillschweigend vereinbart worden, ist der Niederlassungssitz des Kommissionärs oder, wenn dort kein Markt, der für den Niederlassungssitz maßgebende Marktort (P. 1212) als im Zweifel in Aussicht genommener Aus-

führungsort entscheidend. Nur ein zu der bedungenen Ausführungszeit vorhandener (§ 261 Anm. IV a) Börsen- oder Marktpreis für Waren oder ein für diese Zeit amtlich festgestellter Börsen- oder Marktpreis für Wertpapiere berechtigt den Kommissionär zum Selbsteintritt; nicht genügend ist die Zulassung der Warengattung zum Markt oder der Wertpapiergattung zur Kursnotiz, ohne daß zur maßgebenden Zeit tatsächlich Umsätze stattgefunden haben (RG. 34 119). Das Fehlen eines Börsenpreises für Terminware wird nicht durch Notierung eines Börsenpreises für Lokoware ersetzt (RG. 34 122). Ebensowenig das Fehlen eines Börsenpreises für junge Aktien durch Vorhandensein eines Börsenpreises für alte Aktien (RG. 16 IX 03 JW. 375[9]).

c. **Keine gegenteilige Bestimmung des Kommittenten.** Trotz der Stellung des „nicht" (Planck[2] Buch I Vorbem. V 5) ist der Kommittent als beweispflichtig für die etwa von ihm behauptete, den Selbsteintritt untersagende Bestimmung zu erachten (ebenso Lehmann Nr. 6; dagegen Breit 76, Düringer-Hachenburg Anm. II 3). Die Worte: „wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat" beziehen sich nur auf den Fall der Ausschließung des Selbsteintritts, nicht auf den Fall des Widerrufs des Kommissionsauftrags (RG. 6 51); über letzteren Fall vgl. § 383 Anm. XI c 1. Der ausdrücklichen gegenteiligen Bestimmung steht der Fall gleich, daß aus dem Inhalt des zu schließenden Ausführungsgeschäfts hervorgeht, es könne nicht die Absicht des Kommittenten sein, ein persönliches Eintreten des Kommissionärs zuzulassen (ROH. 11 43). So z. B., wenn klar erkennbar gemacht ist, daß der Kommittent den Abschluß am offnen Markt wünsche, um hierdurch auf den festzustellenden Marktpreis einzuwirken (vgl. Bolze 9 Nr. 329). Auch sonst ist stillschweigende Untersagung des Selbsteintritts wirksam (Bolze 3 Nr. 624). Keine gegenteilige Bestimmung liegt in einer Preisbegrenzung (ROH. 12 188, 23 104); doch darf der Kommissionär nicht zum begrenzten Preis, sondern nur zu dem innerhalb der Preisgrenze liegenden Marktpreis eintreten (unten Anm. III c 5). Auch nicht in einer Delkredere-Abrede (§ 394 Anm. II b). Ebensowenig in der Bezeichnung eines vom Wohnsitz des Kommissionärs verschiedenen Orts als Ausführungsort (Bolze 5 Nr. 576 b). Das Recht zum Selbsteintritt ist weder dadurch ausgeschlossen, daß der Kommissionsauftrag gemäß dem Rat des Kommissionärs erteilt wurde (Bolze 3 Nr. 622) noch dadurch, daß die Ausführung des Auftrags in das Ermessen des Kommissionärs gestellt ist (Bolze 9 Nr. 328, Staub Anm. 6, Düringer-Hachenburg Anm. II 3; dagegen CosackHR. § 43 V 2) oder daß der Kommissionär den Zeitpunkt der Ausführung selbständig ermessen soll (RG. 6 52; dagegen LG. Frankfurt 24 X 90 ZHR. 44 243). Bei Kommissionsauftrag zum Abschluß eines Differenzgeschäfts ist in den Fällen, in denen das Differenzgeschäft klagbar ist (BörsG. § 69), Selbsteintritt zulässig (ebenso Breit 82, Lehmann Nr. 6), denn da der Einwand, daß Erfüllung durch Lieferung ausgeschlossen sei, nicht erhoben werden kann, ist solch Geschäft als Kauf, nicht als Spiel anzusehen. Ein nichtklagbares Differenzgeschäft ist zwar erfüllbar, aber nicht Kauf; daher sind die Vorschriften in §§ 400 ff. über Selbsteintritt nicht anwendbar auf einen Kommissionsauftrag zum Abschluß eines nichtklagbaren Differenzgeschäfts (im Ergebnis ebenso Goldmann Nr. 4; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II 3). Ein nachträgliches einseitiges Verbot des Selbsteintritts enthält einen Widerruf des ursprünglichen Kommissionsauftrags (ebenso Staub Anm. 6) in Verbindung mit Erteilung eines neuen so beschränkten (§ 384 Anm. III b).

d. **Nicht mehr nach Erledigung des Kommissionsauftrags.**

1. Allgemeines. Wer die Erledigung behauptet, hat sie zu beweisen. Selbsteintritt ist daher z. B. nicht mehr zulässig — außer im Fall des § 405 Abs. 2 — nach Widerruf des Kommissionsauftrags (§ 405 Abs. 3) oder Konkurseröffnung über das Vermögen des Kommittenten (KO. § 23 Abs. 2).
2. Erstattete Ausführungsanzeige. Selbsteintritt ist unzulässig nach Erstattung der Anzeige (§ 384 Anm. VII a) über den Abschluß des Ausführungsgeschäfts mit einem Dritten (ROH. 20 328, OLG. Hamburg 7 VI 87 ZHR. 36 267). Dem letzteren Fall gleich steht — außer im Fall des § 405 Abs. 2 — die erfolgte Absendung einer Ausführungsanzeige ohne Erklärung des Selbsteintritts (§ 405 Abs. 1). Eine das Recht des

Selbsteintritts entziehende Ausführungsanzeige liegt z. B. in einer in der Klage des Kommissionärs enthaltenen Erklärung, er habe das Geschäft nicht durch Selbsteintritt abgeschlossen (Bolze 1 Nr. 950). Über den Fall, daß eine Ausführungsanzeige ohne Namhaftmachung eines Dritten abgesandt, ein Ausführungsgeschäft mit einem Dritten aber nicht abgeschlossen ist, vgl. § 384 Anm. VIIb 4.

3. Abgeschlossenes Ausführungsgeschäft. — Streitig ist, ob der Kommissionär, der bereits das Ausführungsgeschäft für Rechnung des Kommittenten mit einem Dritten abgeschlossen, aber noch nicht Ausführungsanzeige erstattet hat, noch Selbsteintritt erklären kann. Für Bejahung ROH. 19 362, Breit Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs S. 108, Düringer-Hachenburg Anm. IIId; für Verneinung RG. 6 47, 53, Staub Anm. 9. Der letzteren Ansicht ist beizutreten; andernfalls würde in der Zeit zwischen Ausführung und Anzeige der Kommissionär einseitig dem Kommittenten das Recht aus § 392 Abs. 2 entziehen können. Dem Kommittenten liegt aber in diesem Fall der schwierige Beweis ob, daß der Kommissionär das Ausführungsgeschäft mit dem Dritten für fremde Rechnung abgeschlossen hat. Entscheidend ist der Wille des Kommissionärs bei Abschluß des Geschäfts mit dem Dritten (RG. 23 VI 92 JW 394[8]). Zur Erleichterung jenes Beweises dienen die Bestimmungen der §§ 401, 402, 405 Abs. 2. — Die Unzulässigkeit nachträglichen Selbsteintritts gilt jedoch nur, wenn sich feststellen läßt, daß mit dem Dritten für Rechnung des Kommittenten abgeschlossen ist. Schließt aber der Kommissionär mit einem Dritten ein zur Ausführung des Auftrags geeignetes Geschäft, so ist damit noch keineswegs gesagt, daß er sofort den festen Willen hatte, es für Rechnung des Kommittenten zu schließen. Er kann es vielmehr mit dem Willen geschlossen haben, sich erst künftig darüber schlüssig zu machen, ob er es für Rechnung des Kommittenten gelten lassen wolle oder ob er es vielmehr für eigene Rechnung als Deckungsgeschäft für den demnächst zu erklärenden Selbsteintritt benutzen wolle. In solchem Fall aber ist jenes Geschäft mit dem Dritten ein zunächst für eigene Rechnung des Kommissionärs geschlossenes. Hieraus ergeben sich Folgerungen nicht nur zu gunsten, sondern auch zu ungunsten des Kommissionärs; so z. B., wenn der Kommissionär demnächst nicht Selbsteintritt erklärt, das Recht des Kommittenten, das Geschäft als ein nicht ausgeführtes zu behandeln (§ 384 Anm. VIIb 4). Denn dem Kommissionär ist — außer wenn das Gegenteil vereinbart ist (über die umgekehrte Vereinbarung vgl. § 405 Abs. 2) — nicht das Recht zuzugestehen, ein für eigene Rechnung geschlossenes Geschäft nachträglich als für Rechnung des Kommittenten geschlossen diesem anzurechnen (vgl. entsprechend für den umgekehrten Fall § 405 Abs. 2). Über die Beweispflicht des Kommissionärs, wenn er seinerseits behauptet, für fremde Rechnung abgeschlossen zu haben, vgl. § 396 Anm. Ia 1β.

e. **Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften als Verkaufskommissionäre eigener Anteilrechte** sollen im regelmäßigen Geschäftsbetrieb nicht Selbsteintritt erklären (§§ 226, 320 Abs. 3; vgl. RG. 2 41). Doch ist die Selbsteintrittserklärung nichtig nur, wenn das Anteilrecht noch nicht vollgezahlt oder wenn nur ein Interimschein ausgestellt ist (§ 226 Anm. II).

II. **Ausführung durch Selbsteintritt.**

a. **„Ausführung“** bedeutet in §§ 400—405 „Abschluß des Ausführungsgeschäfts“ (ebenso Staub Anm. 2). Ebenso in § 384 (§ 384 Anm. Ib). Abweichend in §§ 88, 396 (§ 396 Anm. Ia 1). „Ausführung“ in §§ 400—405 ist daher von Erfüllung des Ausführungsgeschäfts zu unterscheiden; mithin ist „Ausführung durch Selbsteintritt“ auch dann zulässig, wenn der Kommissionär außerstande ist, die von ihm durch Selbsteintritt verkaufte Ware zu liefern (ROH. 16 333, 20 327) oder die von ihm durch Selbsteintritt gekaufte Ware zu bezahlen. Der § 400 Abs. 1 enthält eine vertragergänzende, nicht bloß auslegende Vorschrift (ebenso Lehmann Nr. 3). Nach dieser Vorschrift ist der Kommissionsauftrag nicht aufzufassen als Auftrag zu einem Geschäft mit einem Dritten und eventuellem Angebot eines Eigengeschäfts, sondern als Auftrag, nach Wahl des Kommissionärs entweder ein Geschäft mit einem Dritten oder ein Eigengeschäft zu schließen (ROH. 9 338, RG. 1 288, 2 43, 4 95, 25 71, OLG. Hamburg 7 VI 87 ZHR. 36 267; dagegen LTr. 54 235 [auch bei Str. 59 139], Str. 67 230, ROH. 12 187, 19 55; vgl. auch ROH. 8 96, 17 328). Dies Wahlrecht ist aber eine von

Gesetzes wegen eintretende Folge, es besteht auch dann, wenn der Kommittent bei Erteilung des Auftrags nicht daran dachte, daß er hierdurch es einräume (RG. 1 289). — Der Selbsteintritt ist daher nichts von der Ausführung des Auftrags Verschiedenes, sondern nur eine Art der Ausführung des Auftrags (RG. 1 289, 4 95, 25 71, OLG. Hamburg 11 IV 91 HGR 40 529). Wenn § 405 Abs. 2 „Ausführungsanzeige" und „Selbsteintrittserklärung" unterscheidet, so erklärt sich dies daraus, daß dort mit „Ausführung" eine andere Bedeutung verbunden ist als in § 400 Abs. 1, nämlich nicht die Bedeutung einer bestimmten Art der Ausführung, sondern (vgl. RG. 7 99) nur die Bedeutung der Übernahme einer allgemeinen Gewähr des Kommissionärs für Ausführung auf eine von zwei Arten vorbehaltlich demnächstiger Wahl des Kommissionärs zwischen diesen beiden Arten. Auch in §§ 400 Abs. 2—4, 401 Abs. 2, 405 Abs. 3 hat „Ausführungsanzeige" dieselbe Bedeutung wie in § 405 Abs. 2. Da die Ausführung durch Selbsteintritt nur die Ausübung des Wahlrechts des Kommissionärs zwischen den beiden ihm zur Wahl gestellten Arten der Ausführung enthält, so geschieht sie durch einseitige Erklärung des Kommissionärs, daß er selbst eintrete (RG. 1 291). In der Erklärung, selbst einzutreten, liegt eine Willenserklärung, die durch sich selbst wirkt; in der Erklärung, mit einem Dritten abgeschlossen zu haben, liegt dagegen nur ein Bericht, für dessen Wirksamkeit es darauf ankommt, ob er wahr ist oder nicht (RG. 6 54). Die Erklärung, daß Selbsteintritt erfolge, kann nicht später einseitig vom Kommissionär widerrufen werden (ROH. 16 333), er kann insbesondere nicht mehr, nachdem er Selbsteintritt erklärt hat, geltend machen, daß er für Rechnung des Kommittenten ein Ausführungsgeschäft mit einem Dritten geschlossen habe (ROH. 19 359, RG. 6 53).

b. **Zeitpunkt** des Selbsteintritts.

1. Wann kommt das Selbsteintritts-Ausführungsgeschäft zustande? Die §§ 400 Abs. 2, 405 unterscheiden zwischen Ausführungsanzeige und Selbsteintrittserklärung. Zwar müßte nach der Regel des § 405 Abs. 1 beides zusammenfallen; doch ist ein Auseinanderfallen namentlich dann möglich, wenn eine Vereinbarung des in § 405 Abs. 2 bezeichneten Inhalts getroffen ist. Wenn nun § 400 Abs. 2 Satz 1 den Zeitpunkt der Ausführung ausdrücklich auf die Zeit des Abgebens der Ausführungsanzeige zur Absendung festlegt und § 405 Abs. 3 denselben Zeitpunkt als Grenze für die Wirksamkeit eines Widerrufs des Kommittenten bestimmt ohne Rücksicht darauf, ob die Selbsteintrittserklärung vor oder nach der Ausführungsanzeige abgegeben wird, so muß man schließen, das Gesetz gehe davon aus, daß — abweichend von den allgemeinen Grundsätzen über Vertragsabschluß — auch die Wirksamkeit der Selbsteintrittserklärung auf denselben Zeitpunkt zu beziehen sei (ebenso Breit 126, Lehmann 11, Düringer-Hachenburg § 400 Anm. IV 2, § 405 Anm. IV d). Daher wird anzunehmen sein, daß der Abschluß des durch die Selbsteintrittserklärung etwa zustande gekommenen Ausführungsgeschäfts zwischen Kommittent und Kommissionär als im Zeitpunkt des Abgebens der Ausführungsanzeige zur Absendung erfolgt gilt, gleichgültig, ob die Selbsteintrittserklärung vor oder nach der Ausführungsanzeige oder gleichzeitig mit ihr abgesendet ist (vgl. ROH. 4 170). Ob das Selbsteintritts-Ausführungsgeschäft zustande gekommen, hängt allerdings davon ab, ob die abgesendete Selbsteintrittserklärung dem Kommittenten rechtzeitig zugegangen ist (ebenso Breit 126, Lehmann Nr. 11). Doch trägt der Kommittent die Gefahr des Nichtankommens der abgesandten Erklärung, da die zum Abschließen des Ausführungsgeschäfts erforderlichen Handlungen, also auch das Übersenden der Selbsteintrittserklärung, für seine Rechnung vorgenommen werden. — „Abgegeben zur Absendung" soll den Zeitpunkt bezeichnen, in welchem die an den Kommittenten gerichtete Mitteilung gewöhnlich der Verfügung des Kommissionärs entrückt ist (P. 1361). Dies ist der Fall, wenn der Brief bei der Post abgegeben (z. B. in den Briefkasten geworfen) ist, auch bevor die Post mit der Versendung beginnt (P. 579, 1361). Soll die Übermittlung nicht durch die Post, sondern durch einen Boten erfolgen, so genügt die Übergabe an den selbständigen Boten zur Beförderung (P. 1361), die Übergabe an den eigenen angestellten Boten aber wohl erst dann, wenn der Bote zwecks Übermittlung sich entfernt hat. Ebenso bei Absendung durch einen mit dem Einwerfen in den Briefkasten beauftragten Boten; abweichend einerseits P. 1361: Abgabe an den eigenen

Angestellten zwecks Übermittlung an die Post sei keine Abgabe zur Absendung, andererseits Staub Anm. 19: Übergabe an Boten zwecks Übermittlung an die Post sei Abgabe. Denselben Zeitpunkt bezeichnet nur „Absendung" in § 400 Abs. 4, § 401 Abs. 2 und nur „Abgeben" in § 405 Abs. 2. Bei mündlicher Ausführungsanzeige unter Anwesenden oder durch Fernsprecher ist der Zeitpunkt der mündlichen Übermittlung der maßgebende (ROH. 8 95).

2. Zeitgrenze für die Zulässigkeit des Selbsteintritts. Über den Zeitpunkt, bis zu welchem die Annahme des Antrags zu einem Kommissionsvertrag erfolgen muß, vgl. § 383 Anm. XIb. Ist der Antrag angenommen, so ist die weitere Frage, bis wann der Vertrag ausgeführt werden muß, nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. über Leistungssäumnis zu entscheiden; hierüber § 383 Anm. XIf. Auch ist Widerruf des Kommittenten zulässig, bis der Kommissionär die Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben hat (§ 405 Abs. 3). Ferner ist zu beachten, daß die Erfüllung eines auf sofortige Ausführung gerichteten Kommissionsvertrags unmöglich werden kann, wenn nicht sofortige Ausführung erfolgt (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IV c 3). Ist im Einzelfall weder durch Widerruf noch nach den Grundsätzen über Leistungssäumnis oder Unmöglichkeit der Erfüllung die Ausführung des Kommissionsvertrags unzulässig, so besteht keine Zeitgrenze für die Zulässigkeit der Ausführung, mithin auch nicht für die Zulässigkeit der Ausführung durch Selbsteintritt (RG. 4 96); nur darf der Kommissionär nicht sorgfaltswidrig die Ausführung verzögern (§ 384 Abs. 1), und der Kommittent braucht ein weisungswidrig verspätet ausgeführtes Geschäft, mithin auch eine verspätete Ausführung durch Selbsteintritt, nicht als für seine Rechnung geschehen gelten zu lassen (§ 385 Anm. II c 2, RG. 53 372), hat aber auch das Recht, Schadensersatz (§ 385 Anm. II c 1) und die Berechnnng des ihm günstigeren Preises zu fordern, der bei früherer Ausführung hätte erreicht werden können (§ 400 Abs. 1). Aus § 384 Abs. 2 folgt nicht die Verpflichtung zu unverzüglicher Ausführung, sondern nur zu unverzüglicher Anzeige, falls ausgeführt ist (Staub Anm. 11). — Ist „Ausführungsanzeige" im Sinn des § 405 (oben Anm. II a) erstattet, so ist nunmehr Selbsteintritt nur noch innerhalb der in § 405 Abs. 2, 3 bestimmten Zeitgrenze zulässig (§ 405 Anm. I b 2).

c. **Form** des Selbsteintritts. Vgl. § 405 Anm. I a.

d. **Teilweiser** Selbsteintritt erscheint zulässig (zust. Düringer-Hachenburg Anm. III f; dagegen Lehmann Nr. 9), wenn im Einzelfall der Kommissionär ohne Sorgfaltsverletzung annehmen durfte, daß ein Ausführen teils durch Abschluß mit Drittem, teils durch Selbsteintritt nicht dem Interesse des Kommittenten widerspreche. Hat doch der Kommissionär im Zweifel auch das Recht, das ihm aufgetragene teilbare Ausführungsgeschäft mit mehreren Dritten je zu einem Teil abzuschließen! Die Worte „das Gut" in § 400 Abs. 1 sind hiermit ebenso vereinbar wie die Worte „das Geschäft" in § 396 Abs. 1 damit, daß bei Ausführung eines Teils eines teilbaren Geschäfts der entsprechende Teil der Provision verdient ist.

III. **Wirkungen des Selbsteintritts.**

a. **Grundsätze.**

1. Für die Zeit bis zur Erklärung des Selbsteintritts ist das Rechtsverhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär und sind alle damals vorgenommenen Rechtshandlungen, auch nachdem später Selbsteintritt erfolgt ist, lediglich nach den Regeln des Kommissionsgeschäfts zu beurteilen (ROH. 16 334, RG. 19 100, 25 72). So z. B. hinsichtlich der Verpflichtung (§ 384 Anm. II) des Kommissionärs zur Wahrnehmung des Interesses des Kommittenten bei Ratserteilung (RG. 19 100), hinsichtlich der Zulässigkeit des Widerrufs, und hinsichtlich des Erlöschens des Auftrags durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Kommittenten. — Schließt der Kommissionär, dem ein Kommissionsauftrag erteilt ist, ein diesem Kommissionsauftrag entsprechendes Geschäft mit einem Dritten ab, so wird oft zweifelhaft sein, ob er dies Geschäft für Rechnung des Kommittenten abschließen wollte oder ob vielmehr für eigene Rechnung als im voraus vorgenommene Deckung für den beabsichtigten Selbsteintritt (RG. 6 48, 25 72) oder ob zwar zunächst für eigene Rechnung, aber unter Offenhaltung des endgültigen Entschlusses, ob er es dem

Kommittenten als für dessen Rechnung geschlossen anrechnen oder als für eigene Rechnung geschlossenes Deckungsgeschäft betrachten wolle. Die letztere Art des Vorgehens braucht der Kommittent nicht zu dulden (§ 384 Anm. VII b 4). Über die Beweispflicht des Kommissionärs, falls dieser behauptet, für Rechnung des Kommittenten abgeschlossen zu haben, § 396 Anm. I a 1 β. Über die Beweispflicht des Kommittenten, falls dieser behauptet, daß der Kommissionär für Rechnung des Kommittenten abgeschlossen habe und daher nicht mehr selbst eintreten könne, vgl. oben Anm. I d.

2. Für die Zeit nach Selbsteintritt verbleibt der Kommissionär gegenüber dem Kommittenten nicht lediglich in der ursprünglichen Stellung als Kommissionär (ROH. 6 190, RG. 25 72). Vielmehr ist das Rechtsverhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär für die Zukunft im allgemeinen nach den für das Ausführungsgeschäft maßgebenden Grundsätzen (RG. 10 90), in dem in § 400 behandelten Fall der Kaufskommission also nach den Grundsätzen über den Kauf zu beurteilen (ROH. 16 324), und die Regeln des Kommissionsgeschäfts sind für die Zukunft mindestens insoweit nicht mehr anwendbar, wie sie mit dem neubegründeten Rechtsverhältnis aus dem Kaufgeschäft unvereinbar sind (ROH. 6 191, 17 328). Andererseits finden auch die Regeln über den Kauf nicht allein Anwendung. Zwar hat der Kommissionär für die Zukunft nicht mehr alle Pflichten eines solchen, denn dies wäre mit den Regeln über den Kauf unvereinbar. Immerhin geht bereits aus §§ 400 Abs. 2 (beschränkte Rechenschaftspflicht), 403 (Anrecht auf Provision und Kosten; vgl. § 403 Anm. I), 404 (Pfandrecht und Selbstbefriedigungsrecht) hervor, daß in einigen Beziehungen die Grundsätze des Kommissionsgeschäfts auch für die Zukunft anwendbar bleiben (ROH. 6 190). Keine Klageänderung liegt vor, wenn der selbsteingetretene Kommissionär ursprünglich die Klage auf Kauf gründet und erst nachträglich anführt, daß ein Kommissionsauftrag erteilt war (Bolze 21 Nr. 710).

b. **Rechenschaftsablegung (§ 400 Abs. 2).** Bei Selbsteintritt wird die Pflicht des Kommissionärs zur Rechenschaftsablegung (§ 384 Anm. V) zwar nicht vollständig aufgehoben, beschränkt sich jedoch nach § 400 Abs. 2, insoweit es auf Abschließung des Kaufs oder Verkaufs ankommt, auf die Verpflichtung, nachzuweisen, daß bei dem berechneten Preis der zur Zeit der Ausführungsanzeige (vgl. § 405 Abs. 1, 2) bestehende Börsen- oder Marktpreis eingehalten ist. Der Kommissionär braucht z. B. nicht etwaige Schlußscheine beizubringen (RG. 28 X 84 ZHR. 36 267). Eine Rechenschaftsablegung liegt bereits in der Preisberechnung (§ 384 Anm. V b) ohne hinzukommenden Nachweis. Die Preisberechnung ist auch ohne besondere Aufforderung zu erteilen. Den hinzukommenden Nachweis aber braucht der Kommissionär nur auf besonderes Verlangen des Kommittenten zu liefern (RG. 1 290). Der Nachweis kann z. B. durch Beifügung des Kurszettels erbracht werden (RG. 1 290). Der Kommissionär hat die Befugnis, sein Verhalten nicht nur durch den Nachweis jenes Preises, sondern auch in anderer Weise zu rechtfertigen (ROH. 14 390). Eine solche Rechtfertigung kann erheblich sein z. B. für die Frage, ob der Kommissionär den in sein Ermessen gestellten Zeitpunkt der Ausführung entsprechend dem Interesse des Kommittenten gewählt hat (RG. 6 52), oder ob der Kommittent das Geschäft als weisungswidrig nicht gelten zu lassen braucht; doch kann sich der Kommissionär durch solche anderweite Rechtfertigung nicht von der Berechnung des in §§ 400 Abs. 3–5, 401 bestimmten Preises befreien (§ 402). Der § 400 Abs. 2 bestimmt nur über die Rechenschaft „über die Abschließung des Kaufs oder Verkaufs". Hiermit ist nicht die ganze Rechenschaftspflicht erschöpft, vielmehr besteht z. B. bezüglich der Höhe der berechneten Provision und Kosten die gewöhnliche Rechenschaftspflicht des Kommissionärs. Nachzuweisen ist nur, daß der Börsen- oder Marktpreis „eingehalten" ist. Damit ist nur der gesetzliche Grenzbetrag des anrechenbaren Preises nachgewiesen; nicht aber ist gesagt, daß der Kommissionär den so nachgewiesenen Preis stets in Ansatz bringen darf (unten Anm. III c 1). Wann der Anspruch auf Rechenschaftsablegung endet, vgl. § 384 Anm. V d.

c. **Preis (§ 400 Abs. 3—5).** Die absichtliche Berechnung eines falschen Preises kann nach BörsenG. § 79 strafbar sein.

1. Allgemeines. Welchen Preis der selbsteintretende Kommissionär dem Kommittenten als Regel in Rechnung stellen darf, ist nirgends ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich jedoch

unmittelbar daraus, daß § 400 Abs. 2 dem Kommissionär den Nachweis der Einhaltung des bestehenden Börsen- oder Marktpreises auferlegt. Hieraus ist zu entnehmen, daß derjenige Börsen- oder Marktpreis, der bei Abgabe der Ausführungsanzeige zur Absendung der bestehende (RG. 23 I 97 JW. 138[25]) ist zuzüglich (§ 403) gewöhnlicher Provision und Kosten den Höchstbetrag der Gegenleistung darstellt, die der Kommissionär bei Selbsteintritt durch Verkauf verlangen darf, und jener Börsen- oder Marktpreis abzüglich Provision und Kosten den Mindestbetrag, den der Kommissionär bei Selbsteintritt durch Kauf leisten muß. Im Fall des § 400 Abs. 4 ist dagegen ein anderer Betrag der maßgebende, ohne Rücksicht darauf, ob der in Abs. 2 erwähnte Grenzbetrag eingehalten ist, und in den Fällen der §§ 400 Abs. 3, Abs. 5, 401 tritt neben den aus § 400 Abs. 2 abzuleitenden Grenzbetrag ein anderer Grenzbetrag, der gleichfalls nicht überschritten werden darf. Stellt der Kommissionär mehr als den hiernach zulässigen Betrag in Rechnung, so gibt dies — außer bei betrügerischem Verhalten des Kommissionärs (BGB. §§ 134, 138), das aber auch bei Einhaltung jener Grenzbeträge in Betracht kommen kann (vgl. BörsG. §§ 75 ff.) — dem Kommittenten kein Recht, das Geschäft als nicht geschlossen zu behandeln, sondern nur ein Recht, den zuviel berechneten Teil nicht zu zahlen, und ihn, wenn er gezahlt ist, zurückzufordern (OLG. Hamburg 11 IV 91 ZHR. 40 529) bezw. den zu wenig berechneten Teil nachzufordern. — Maßgebend ist der Preis desjenigen Marktes oder derjenigen Börse, an denen das betreffende Geschäft ausgeführt werden sollte, und falls weder ausdrücklich noch stillschweigend ein solcher Ort vorgeschrieben ist, der Preis des für den Niederlassungssitz des Kommissionärs hinsichtlich der betreffenden Waren oder Wertpapiere maßgebenden Markt- oder Börsenorts (Breit 69 ff.).

2. Während Börsen- oder Marktzeit auszuführende Kommission. Daß der Kommittent diese Zeit der Ausführung vorschreiben wollte, ist im Zweifel anzunehmen. Nach § 400 Abs. 3 darf, wenn erst nach Börsen- oder Marktschluß die Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben wird, kein ungünstigerer Preis berechnet werden, als der am Schluß der Börse oder des Markts bestehende. In welcher Beziehung Abs. 3 zu Abs. 2 steht, ist nicht klar. Wird nach Schluß der Börse eine Ausführungsanzeige abgegeben, so würde nach Abs. 2 Satz 2 der Zeitpunkt der Ausführung nach dem Schluß der Börse liegen. Zu dieser Zeit würde aber streng genommen kein Börsenpreis bestehen und daher ein Selbsteintritt nach Abs. 1 von Gesetzes wegen unzulässig sein. Dies kann nicht gemeint sein, da sonst Abs. 3 fast gegenstandslos wäre. Also muß angenommen werden, daß Abs. 3 davon ausgeht, daß auch nach Schluß der Börse ein Börsenpreis besteht (vgl. § 261 Anm. IV d). Zweifelhaft aber ist, ob Abs. 3 voraussetzt, daß dann der am Schluß der Börse vorhanden gewesene Preis oder der Durchschnittspreis der ganzen Börsenzeit bestehe. Wäre gemeint, daß nach Schluß der Börse der am Schluß vorhanden gewesene Preis „bestehe", so wäre Abs. 3 im wesentlichen nur eine Erläuterung des Abs. 2 und daher neben letzterem fast überflüssig, und er würde ferner zu der wohl nicht beabsichtigten Folgerung aus Abs. 1 führen, daß, wenn zwar während der Börse, aber nicht am Schluß der Börse ein Börsenpreis bestand, die Erklärung des Selbsteintritts nach Schluß der Börse unzulässig ist. Man wird daher wohl annehmen müssen, daß gemeint ist, nach Schluß der Börse „bestehe" der während der Börse vorhanden gewesene Preis, d. h. (Bolze 23 Nr. 438) der für die ganze Börsenzeit berechnete Durchschnittspreis; dann hat Abs. 3 die Bedeutung, daß er für den von ihm vorausgesetzten Fall neben den Grenzbetrag des Abs. 2 einen zweiten Grenzbetrag als einzuhaltenden hinzufügt: wenn nach Schluß der Börse die Ausführungsanzeige abgegeben wird, so darf der berechnete Preis weder ungünstiger sein als der während der Börse bestehende (Abs. 2), noch ungünstiger als der am Schluß der Börse bestehende (Abs. 3).

3. Kommission zu bestimmtem Kurs. Der diesen Fall behandelnde Abs. 4 würde, wenn man an seinem Wortlaut streng festhalten wollte, keinen Grenzbetrag, sondern einen festen Betrag bestimmen, den der Kommissionär einsetzen darf und soll. Doch ist Abs. 4 nicht so gemeint, vielmehr nur dahin zu verstehen, daß in dem von ihm vorausgesetzten Fall zwar weder der in Abs. 2 noch der in Abs. 3 genannte Grenzbetrag zur Anwendung

kommen sollen, daß dagegen Abs. 5 und § 401 auch neben Abs. 4 anwendbar bleiben (teilweise abweichend Breit 164). Trotz der Fassung des Abs. 4 darf daher der Kommissionär den dort bezeichneten Preis nicht einsetzen, wenn mit Rücksicht auf Abs. 5 oder § 401 ein dem Kommittenten günstigerer Preis berechnet werden muß (dagegen Düringer-Hachenburg Anm V 2, Goldmann Nr. 16). Auch Abs. 4 legt daher nur einen Grenzbetrag fest.

4. Amtliche Feststellung des Börsen- oder Marktpreises. Amtlich festgestellt vgl. oben Anm. Ib. Für diesen Fall setzt § 400 Abs. 5 einen ferneren Grenzbetrag neben die in Abs. 2 und 3 bezw. Abs. 4 bestimmten. In der Regel wird allerdings ein amtlich festgestellter Preis auch tatsächlich bestanden haben, so daß für diese Regelfälle und mit Bezug auf gesetzlich zugelassenen Selbsteintritt bei Wertpapieren überhaupt und auf Selbsteintritt bei Waren mit festgestelltem Börsen- oder Marktpreis der Abs. 2 neben Abs. 5 nicht mehr als Grenze des Preises in Betracht kommt. Für dieselben Fälle auch nicht Abs. 4, wenn der betreffende bestimmte Kurs amtlich festgestellt wird. Über die Entstehungsgeschichte des Abs. 5 vgl. Breit 154.

5. Preisbegrenzung. Hat der Kommittent den Preis begrenzt, so schließt dies nicht die Zulässigkeit des Selbsteintritts aus (oben Anm. Ic). Der Kommissionär kann jedoch nur zu demjenigen Preis eintreten, der von folgenden beiden: dem begrenzten und dem gemäß §§ 400, 401 berechneten, der dem Kommittenten günstigere ist (ROH. 23 104). Einerseits also nicht zum begrenzten Preis, wenn dieser für den Kommittenten ungünstiger ist als der gemäß §§ 400, 401 berechnete (ROH. 8 96, 12 188, 23 104). Andererseits auch nicht zum Marktpreis, wenn dieser dem Kommittenten ungünstiger ist als die von letzterem angegebene Preisgrenze (ROH. 12 188, OLG. Dresden 13 V 89 ZHR. 40 530). Daß in letzterem Fall der Selbsteintritt unwirksam ist, solange der Kommittent ihn nicht etwa nachträglich genehmigt, folgt daraus, daß im Selbsteintritt zu einem nicht mit der Preisbegrenzung verträglichen Marktpreis eine Weisungswidrigkeit liegt, infolge deren der Kommittent das in dem Selbsteintritt liegende Ausführungsgeschäft nicht als für seine Rechnung geschlossen gelten zu lassen braucht (§ 385 Anm. IIc 2).

d. **Erfüllungsort.** Vgl. § 383 Anm. XIe.

e. **Rücktritt.** Einseitiger Rücktritt ist nicht mehr ohne weitere Voraussetzungen zulässig, nachdem der selbsteintretende Kommissionär die Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben hat (§ 405 Abs. 3). Die Grundsätze des Kaufs kommen vielmehr zur Anwendung (ROH. 16 333).

f. **Erfüllungsanspruch.** Den Regeln des Kaufs folgt die Einwirkung, die eine Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Kommittenten nach Selbsteintritt zur Folge hat (Staub 2 1445 Fußnote 1).

g. **Leistungsverzug und Annahmeverzug.** Tritt eins von beiden nach Selbsteintritt ein, so sind die für den Kauf bestehenden Regeln maßgebend (ROH. 6 191, 25 72, OLG. Kolmar 17 XII 89 ZHR. 40 529). Der § 326 BGB. ist anwendbar (Adler in HoldheimsMSchr. 97 171; vgl. § 383 Anm. XIf).

h. **Mängelrüge.** Nach Selbsteintritt ist die Frage, ob Mängelrüge erforderlich war und gehörig erfolgt ist, nach den Regel über Kauf (§§ 377, 378 und nicht nach denen über Kommission (§ 391 Anm. IIa, b) zu beurteilen (ROH. 25 216). In der Eintrittserklärung nach Untersuchung der Ware liegt in der Regel eine die Mängelansprüche ausschließende Genehmigung ihrer Beschaffenheit (Staub Anm. 26, weitergehend Lehmann Nr. 20).

i. **Gefahrübergang.** Maßgebend sind die für den Kauf maßgebenden Vorschriften. Tritt bei der Verkaufskommission der Kommissionär erst nach Absendung der Ware durch den Kommittenten als Selbstkäufer ein, so wird der Gefahrübergang auf den Zeitpunkt bezogen (oben Anm. IIb 1), in welchem die Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben ist (Breit 182).

§ 401.

Günstigerer als aus § 400 sich ergebender Preis.

Auch im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt hat der Kommissionär, wenn er bei Anwendung pflichtmäßiger Sorgfalt die Kommission

zu einem günstigeren als dem nach § 400 sich ergebenden Preise ausführen konnte, dem Kommittenten den günstigeren Preis zu berechnen.

Hat der Kommissionär vor der Absendung der Ausführungsanzeige aus Anlaß der ertheilten Kommission an der Börse oder am Markte ein Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen, so darf er dem Kommittenten keinen ungünstigeren als den hierbei vereinbarten Preis berechnen.

BörsG. § 72 Abs. 1, 2. **Entw. I** § 375 Abs. 1, 2. **Entw. II** § 393.

I. Gemeinsames für beide Fälle des § 401.
II. Erzielbarkeit günstigeren Preises.
III. Abschluß eines Geschäfts mit Drittem aus Anlaß der Kommission.

I. Gemeinsames für beide Fälle des § 401.

a. **Inhalt.** Der § 401 enthält im Abs. 1 und 2 die Festsetzung von Grenzbeträgen, über die hinaus nicht zum Nachteil des Kommittenten der Preis gestellt werden darf, selbst wenn er an sich nach § 400 Abs. 2—5 einzusetzen wäre. — Über den Einfluß einer Preisbegrenzung durch den Kommittenten vgl. § 400 Anm. III c 5.

b. **Zwingend.** Die Vorschriften des § 401 enthalten zwingendes Recht (§ 402). Jedoch nur für die Fälle, in denen kraft Gesetzes das Selbsteintrittsrecht besteht (§ 400 Anm. I b; dagegen Staub Einl.). Wird darüber hinaus für andere Fälle vertraglich Selbsteintritt zugelassen, so gilt, da dann § 400 keine Anwendung findet (§ 400 Anm. I b), der Inhalt der Bestimmung des § 401 Abs. 1 kraft § 384 Abs. 1 (vgl. Lehmann Nr. 1).

c. **Beweisverteilung.** Die Beweispflicht für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 401 trifft den Kommittenten (Staub Anm. 7, Lehmann Nr. 1, Düringer-Hachenburg Anm. II 3; dagegen bezüglich des Abs. 1 Goldmann Nr. 6); wollte man das Gegenteil annehmen, so würde man der die Rechenschaftspflicht des Kommissionärs beschränkenden Vorschrift des § 400 Abs. 2 ihren Inhalt nehmen.

d. **Strafvorschrift.** Die absichtliche Außerachtlassung der Vorschriften des § 401 bei Berechnung des Preises kann nach BörsG. § 79 strafbar sein.

II. Erzielbarkeit eines günstigeren als des nach § 400 sich ergebenden Preises (§ 401 Abs. 1). Daß der Kommissionär den bei pflichtmäßiger Sorgfalt erzielbaren günstigsten Preis erzielen soll und daß er bei Nichterzielung schadensersatzpflichtig ist, ergibt sich für den Fall einer Ausführung der Kommission durch Abschluß mit Drittem aus § 384. Der § 401 Abs. 1 enthält für den Fall des Selbsteintritts eine ähnliche Regel; doch gibt er dem Kommittenten nicht eine Schadensersatzforderung, mit der er aufrechnen könnte, sondern bestimmt unmittelbar, daß die Forderung des Kommissionärs sich um den entsprechenden Betrag mindere. Ist Ausführung an bestimmter Börse oder an bestimmtem Markt vorgeschrieben, so kommt die Möglichkeit einer Ausführung an anderem Ort zu günstigerem Preis nicht in Betracht (dagegen Goldmann Nr. 4). Ist dagegen nicht (ausdrücklich oder stillschweigend) Ausführung an der Börse oder am Markt vorgeschrieben, so kommt § 401 Abs. 1 auch dann zur Anwendung, wenn an anderem Ort ein günstigerer Preis erzielbar war (ebenso Staub Anm. 1, Goldmann Nr. 4; dagegen Breit 163, Lehmann Nr. 2, Düringer-Hachenburg Anm. II 2); ist nicht Ausführung an einer bestimmten Börse oder einem bestimmten Markt vorgeschrieben, so ist auch die Erzielbarkeit eines (trotz Anrechnung der vermehrten Auslagen) günstigeren Preises an einer anderen Börse oder einem anderen Markt zu berücksichtigen (dagegen Weißbart in HoldheimsMSchr. 05 137). In welchen Fällen es Pflicht eines ordentlichen Kommissionärs ist, auch jene anderen Möglichkeiten der Kommissionsausführung zu prüfen, hängt von der Verkehrsübung ab.

III. Abschluß eines Geschäfts mit Drittem aus Anlaß der Kommission (§ 401 Abs. 2).

a. **Zeitpunkt** des Abschlusses. Aus Anlaß der „erteilten" Kommission muß das Geschäft abgeschlossen sein. Unter „Erteilung der Kommission" ist nicht der einseitige Kommissionsauftrag, sondern der abgeschlossene Kommissionsvertrag zu verstehen (§ 383 Anm. IV). Andererseits kommt nur ein „vor Absendung der Ausführungsanzeige" (§ 400 Anm. IIa

abgeschlossenes Anlaßgeschäft in Betracht. Im § 401 Abs. 2 scheint — wie im § 400 Abs. 4 — unter „Absendung" dasselbe verstanden zu sein was in §§ 400 Abs. 2, 405 Abs. 3 mit „Abgeben zur Absendung" bezeichnet ist (§ 400 Anm. II b 1; zust. Düringer-Hachenburg Anm. IV 4). Der § 401 Abs. 2 ist daher weder anwendbar, wenn der Kommissionär vor Empfang von Kommissionsaufträgen oder vor deren Annahme, aber in Erwartung demnächstigen Abschlusses von Kommissionsverträgen, Geschäfte mit Dritten eingeht (RG. 18 22), noch wenn erst nach Abgeben der Anzeige zur Absendung der Kommissionär sich deckt. Nach dem Wortlaut des § 401 Abs. 2 selbst dann nicht, wenn im Fall des § 405 Abs. 2 das Geschäft mit dem Dritten zwischen Absendung der Ausführungsanzeige und dem Selbsteintritt vorgenommen wird; doch wird die Bestimmung des § 401 Abs. 2 auf diesen Fall entsprechend auszudehnen sein.

b. **Ort des Abschlusses.** Der § 401 Abs. 2 beschränkt seine Vorschrift ausdrücklich auf die „an der Börse oder am Markte" geschlossenen Geschäfte. Auf außerhalb der Börse oder des Markts geschlossene Anlaßgeschäfte des selbsteintretenden Kommissionärs kann daher — soweit Abs. 2 in Frage steht — der Kommittent sich nicht berufen. Die Beschränkung ist jedoch nicht rein örtlich zu nehmen; es kommt weniger auf den Ort des Abschlusses an, als darauf, ob der Abschluß unter Benutzung der Börsen- bzw. Markteinrichtungen zustande gekommen ist. Streitig ist, ob nur diejenigen Geschäfte zu berücksichtigen sind, die an der betreffenden Börse (bzw. Markt) oder alle, die an beliebiger Börse (bzw. Markt) abgeschlossen werden (für ersteres Lehmann Nr. 3, Weißbart in HoldheimsMSchr. 05 138; für letzteres Breit 160, Staub Anm. 2, Düringer-Hachenburg Anm. IV 2). Der ersteren Ansicht ist zuzustimmen für den Fall, daß (ausdrücklich oder stillschweigend) der Auftrag auf Abschluß an einer bestimmten Börse ging, der letzteren für den Fall, daß in das Ermessen des Kommissionärs gestellt war, an welcher Börse er das Ausführungsgeschäft abschließen wolle (ebenso Bondi in HoldheimsMSchr. 97 256). — Die Streitfrage ist übrigens, wenn man bezüglich des Abs. 1 der hier vertretenen Ansicht, daß er auch auf Abschluß außerhalb von Markt oder Börse zu beziehen (oben Anm. II), folgt, für die Regelfälle gegenstandslos, weil in der Regel, wenn Abs. 2 versagt, Abs. 1 eingreifen wird (abweichend Breit 163).

c. **Bedingungen** des Abschlusses. Nur diejenigen Anlaßgeschäfte kommen in Betracht, deren nähere Vertragsbedingungen nicht abweichen von denen, zu deren Vereinbarung der Kommissionär laut Kommissionsvertrag berechtigt war. Nicht daher z. B. diejenigen, bei denen der günstigere Preis durch größere Kreditgewährung an den Dritten, geringere seitens des Dritten gestellte Sicherheiten oder geringere Güte der seitens des Dritten zu liefernden Ware sich erklärt (Staub Anm. 5). Auch den Vorteil, den der Kommissionär dadurch erzielt, daß er sich gleichzeitig wegen mehrerer Kommissionsaufträge deckt und so die Preisvergünstigung für Abschlüsse von größeren, von dem einzelnen Kommissionsauftrag nicht erreichten Posten zugebilligt erhält, braucht er nicht herauszugeben.

d. **Für wessen Rechnung?** Der § 401 Abs. 2 unterscheidet nach seinem Wortlaut nicht zwischen dem Fall, daß der Kommissionär das Anlaßgeschäft von Anfang an für Rechnung des Kommittenten, und dem Fall, daß er es für eigene Rechnung abgeschlossen hat (Staub Anm. 2, Lehmann Nr. 3). Hat er es aber für fremde Rechnung abgeschlossen und erstattet er Anzeige über Ausführung durch Abschluß mit Drittem, so ist nicht der den demnächstigen Selbsteintritt voraussetzende § 401 Abs. 2, sondern § 387 anwendbar. Ebenso, wenn er zwar für fremde Rechnung abgeschlossen hat, aber demnächst Selbsteintritt erklärt; denn ein solcher nachträglicher Selbsteintritt ist unzulässig und ändert nichts an der vor ihm bestehenden Rechtslage (§ 400 Anm. I d). Hiernach bleibt trotz des umfassenden Wortlauts des § 401 Abs. 2 für dessen Anwendung nur der Fall übrig, daß der Kommissionär das Anlaßgeschäft für eigene Rechnung geschlossen hat. Mindestens vorläufig für eigene Rechnung geschlossen ist aber auch ein Geschäft, bei dessen Abschluß der Kommissionär die Absicht hatte, erst später sich darüber schlüssig zu machen, ob er den Erfolg dieses Geschäfts demnächst auf fremde Rechnung übertragen wolle (§ 400 Anm. I d). Die Beweispflicht des Kommittenten wird hierdurch nicht erschwert, denn, da sowohl im Fall des § 387 wie in dem des § 401 Abs. 2 der Kommissionär den erzielten Vorteil herauszugeben hat, so braucht der Kommittent nur

zu beweisen, daß entweder der Fall des § 387 oder der des § 401 Abs. 2 vorliege. Über den Fall, daß der Kommissionär für eigene Rechnung mit dem Dritten abgeschlossen hat und demnächst Ausführungsanzeige über Abschluß mit Drittem erstattet, vgl. § 384 Anm. VII b 4.

e. **Aus Anlaß** der Kommission abgeschlossenes Geschäft mit Drittem. Die Kommission muß den Anstoß zum Abschluß des Geschäfts mit dem Dritten gegeben haben. Dem Kommittenten ist jedoch nur der Beweis des zeitlichen Zusammenhangs und der sachlichen Übereinstimmung des Anlaßgeschäfts mit dem Kommissionsauftrag aufzubürden, da, wenn beides vorliegt, erfahrungsgemäß auch ursächlicher Zusammenhang zu bestehen pflegt. Dem Kommissionär bleibt der Gegenbeweis offen, daß dieser ursächliche Zusammenhang im Einzelfall dennoch nicht besteht. Vgl. § 384 Anm. VI e.

f. **Sind aus Anlaß mehrerer gleichartiger Kommissionsverträge mehrere Anlaßgeschäfte zu verschiedenen Preisen abgeschlossen worden,** so hat der Kommissionär an sich die Wahl, wem von den mehreren Kommittenten er den günstigeren und wem den ungünstigeren Preis anrechnen will (Staub Anm. 6, Lehmann Nr. 4; dagegen halten Düringer-Hachenburg Anm. V c stets gleichmäßige Verteilung für erforderlich). Hat er aber, von diesem Wahlrecht Gebrauch machend, alle zu ungünstigerem Preis geschlossenen Geschäfte bereits einzelnen Kommittenten zugeteilt, so muß er den übrigen Kommittenten, in der Regel also denen, welchen er zuletzt Ausführungsanzeige erstattet, die günstigeren Preise anrechnen (Staub, Lehmann aaO.). Hat er allen gleichzeitig zugeteilt und allen den ungünstigeren Preis berechnet, so tritt eine untrennbare Vermischung der Rechte der mehreren Kommittenten ein; in Anwendung der den §§ 947, 948 BGB. zu Grund liegenden Rechtsanschauung wird dann jedem einzelnen Kommittenten ein dem Wert seines Kommissionsauftrags entsprechender Anteil an dem ganzen vom Kommissionär zu Unrecht zurückbehaltenen Nutzen zuzuerkennen sein.

§ 402.

Zwingende Vorschriften.

Die Vorschriften des § 400 Abs. 2 bis 5 und des § 401 können nicht durch Vertrag zum Nachtheile des Kommittenten abgeändert werden.

BörsG. § 71 Abs. 6, § 72 Abs. 3. **Entw. I** §§ 374 Abs. 6, 375 Abs. 3. **Entw. II** § 394.

I. **Die Vorschriften des § 400 Abs. 2—5 und des § 401.** Der § 402 beschränkt mithin nicht auch die Vertragsfreiheit bezüglich des § 400 Abs. 1, so daß die Zulässigkeit des Selbsteintritts auch für andere Fälle als die in § 400 Abs. 1 und § 412 bestimmten vereinbart werden kann (RG. 53 368). Über die Frage, ob auch bei Selbsteintritt in anderen als den durch § 400 Abs. 1 zugelassenen Fällen die Bestimmungen der §§ 400 Abs. 2—5, 401 Anwendung finden, vgl. § 400 Anm. I b, § 401 Anm. I.

II. **Zum Nachteil** des Kommittenten ist nach § 402 vertragliche Abänderung unwirksam. Zu seinem Vorteil gereichende Abänderungen können mithin wirksam vereinbart werden.

III. **Durch Vertrag.** Gemeint ist nur eine im voraus getroffene Vereinbarung (Lehmann Nr. 1, Düringer-Hachenburg Anm. II 3, Goldmann Nr. 4). Hat aber der Kommittent Kenntnis davon erhalten, daß ihm ein Vorteil aus § 401 Abs. 2 zuzuwenden ist, so kann er nachträglich hierauf wirksam verzichten.

§ 403.

Provision- und Kostenberechnung bei Selbsteintritt.

Der Kommissionär, der das Gut selbst als Verkäufer liefert oder als Käufer übernimmt, ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt und kann die bei Kommissionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Kosten berechnen.

ADH. Art. 376 Abs. 2 Satz 2, **BörsG.** § 73. **Entw. I** § 376. **Entw. II** § 395.

I. **Unterliegt der Anspruch aus § 403 den Regeln über das Kommissionsgeschäft oder über den Kauf?**

a. **Der Provisionsanspruch** unterliegt den Regeln über das Kommissionsgeschäft, nicht denen des Kaufs (RG. 17 X 91 GruchotsBeitr. 36 1070 gegen ROH. 6 190, 17 328). Denn er stellt das Entgelt für das Ausführen des Kommissionsgeschäfts dar; auch der Selbsteintritt ist aber (§ 400 Anm. II a) nur eine der zugelassenen Arten der Ausführung. Die Provision ist daher, auch wenn der selbsteintretende Kommissionär Verkäufer ist, nicht Teil des Kaufpreises (dagegen ROH. 6 190, 17 328). Hieraus folgt z. B., daß der Provisionsanspruch aus § 403 bestehen bleibt, wenn der durch Selbsteintritt zustande gekommene Kauf demnächst aus einem vom Kommittenten zu vertretenden Grund rückgängig gemacht wird (Breit 185, Lehmann 2 265 Note 1, Düringer-Hachenburg Anm. II b).

b. **Der Kostenanspruch** ist nicht anders zu behandeln als der Provisionsanspruch (dagegen Breit 171), unterliegt daher gleichfalls den Regeln über das Kommissionsgeschäft (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. II c; dagegen ROH. 6 190, 17 328).

II. **Gewöhnliche Provision.** Derjenige Betrag wird geschuldet, den der Kommissionär verlangen könnte, wenn er durch Abschluß mit Drittem ausgeführt hätte. Ist für die betreffende Art des Ausführungsgeschäfts keine bestimmte Höhe der Provision als üblich ermittelbar, so hat der Kommissionär nach billigem Ermessen vorbehaltlich richterlichen Ermäßigungsrechts den Betrag zu bestimmen (BGB. §§ 316, 315). Liegen die Voraussetzungen vor, unter denen der Kommissionär, wenn er mit einem Dritten das Ausführungsgeschäft geschlossen hätte, Delkredereprovision würde haben beanspruchen können, so kann er auch bei Selbsteintritt außer der gewöhnlichen Ausführungsprovision auch die gewöhnliche Delkredereprovision fordern (ebenso Lehmann Nr. 1, Düringer-Hachenburg Anm. II a, Goldmann Nr. 2; dagegen Staub Nr. 1, Breit 168); daß er bei Selbsteintritt tatsächlich nicht die Gefahr der Nichterfüllung durch den Dritten trägt, ist unerheblich (§ 394 Anm. III a).

III. **Sonst regelmäßig vorkommende Kosten.** Kosten ist hier gleichbedeutend mit Aufwendungen (§ 396 Anm. II), umfaßt daher z. B. auch die Vergütung für Benutzung eigener Lagerräume oder Beförderungsmittel des Kommissionärs. Zu den anrechenbaren Auslagen gehören bei Kauf oder Verkauf von Wertpapieren die Maklerkurtage und der Stempel. Die sonst, d. h. bei Abschluß mit Dritten, regelmäßig vorkommenden Kosten dürfen auch dann berechnet werden, wenn sie infolge des Selbsteintritts nicht entstanden sind, z. B. wenn der Kommissionär die durch Selbsteintritt verkauften Wertpapiere aus seinem eigenen Bestand entnimmt.

§ 404.

Pfand- und Befriedigungsrecht bei Selbsteintritt.

Die Vorschriften der §§ 397, 398 finden auch im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt Anwendung.

ADH. —, **BörsG.** — **Entw. I** § 377. **Entw. II** § 396.

Die Kaufpreisforderung des als Verkäufer selbsteintretenden Kommissionärs ist im Sinn des § 397 ein auf das Gut gegebener Vorschuß, sobald der Kommissionär vorgeleistet hat; schon vorher ist sie eine Forderung aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften (§ 397 Anm. I c 5). Auch in Ansehung dieser Kaufpreisforderung besteht mithin das Pfandrecht und Selbstbefriedigungsrecht der §§ 397, 398.

§ 405.

Form und Zeit des Selbsteintritts.

Zeigt der Kommissionär die Ausführung der Kommission an, ohne ausdrücklich zu bemerken, daß er selbst eintreten wolle, so gilt dies als Erklärung, daß die Ausführung durch Abschluß des Geschäfts mit einem Dritten für Rechnung des Kommittenten erfolgt sei.

Eine Vereinbarung zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär, daß die Erklärung darüber, ob die Kommission durch Selbsteintritt oder durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt sei, später als am Tage der Ausführungsanzeige abgegeben werden dürfe, ist nichtig.

Widerruft der Kommittent die Kommission und geht der Widerruf dem Kommissionär zu, bevor die Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben ist, so steht dem Kommissionär das Recht des Selbsteintritts nicht mehr zu.

BörsG. § 74 Abs. 1, 2, **ADH.** Art. 377. **Entw. I** § 378. **Entw. II** § 397.

I. **Selbsteintrittserklärung.**

a. **Ausdrückliche,** auf Selbsteintritt gerichtete Erklärung ist erforderlich für die Wirksamkeit des Selbsteintritts (RG. 53 368). Nach jetzigem Recht kann daher nicht als Selbsteintrittserklärung die Mitteilung aufgefaßt werden: „ich begab", „lieferte ab", „kaufte", „erhielt geliefert", „schaffte an" (anders nach früherem Recht RG. 1 287, 4 95). Auch nicht die Übersendung eines Schlußscheins, den der Kommissionär wie ein Verkäufer unterzeichnet hat (RG. 6 III 06 JW. 235[21]). Eine bestimmte Form der Übermittlung ist nicht vorgeschrieben. Wirksam ist daher z. B. telegraphische, schriftliche, mündliche, ferngesprochene, durch Boten überbrachte Erklärung. In Lieferung der einzukaufenden Ware durch den Kommissionär kann zwar unter Umständen eine Selbsteintrittserklärung liegen (nach früherem Recht verneinend ROH. 5 280, RG. 4 95); indessen ist diese etwaige Selbsteintrittserklärung keine ausdrückliche und daher nicht wirksam (Düringer-Hachenburg Anm. II 2a). Über den Begriff der Ausdrücklichkeit vgl. § 48 Anm. II; indessen ist dieser Begriff kein einheitlicher für alle Stellen des BGB. und des HGB., an denen dieser Begriff vorkommt (RG. 6 III 06 JW. 235[21]).

b. **Zeitgrenze** für die Zulässigkeit des Selbsteintritts.

1. Im Verhältnis zum Abschluß des Kommissionsvertrags und zum Abschluß eines etwaigen Anlaßgeschäfts. Vgl. § 400 Anm. II b 2.
2. Im Verhältnis zur Ausführungsanzeige. Hierüber bestimmt § 405 Abs. 1, 2. Selbsteintrittserklärung ist hiernach in der Regel nur gleichzeitig mit der Ausführungsanzeige wirksam. Nicht notwendig in demselben Schriftstück. Vorherige Selbsteintrittserklärung ist zwar zulässig, wird aber der genügenden Bestimmtheit in der Regel entbehren. Zulässig ist auch die für einen Einzelfall oder ein für allemal getroffene Vereinbarung, daß jede demnächstige Ausführungsanzeige als Selbsteintrittserklärung gelten solle (ebenso Staub Anm. 6, Lehmann Nr. 3, Düringer-Hachenburg Anm. II 2d, Goldmann Nr. 7); dann ist bezüglich jedes einzelnen Geschäfts der Selbsteintritt gleichzeitig mit Abgabe der Ausführungsanzeige zur Absendung erklärt. Selbsteintrittserklärung nach Ausführungsanzeige ist mangels gegenteiliger Vereinbarung unwirksam. Eine ihre Zulässigkeit aussprechende vorgängige Vereinbarung ist wirksam nur, wenn sie sich in den Grenzen des § 405 Abs. 2 hält. Nachträgliche Vereinbarung, daß der Kommissionär, der nicht rechtzeitig Selbsteintritt erklärt hatte, dennoch als selbsteintretend behandelt werden solle, ist ohne Zeitgrenze wirksam (ebenso Staub Anm. 6, Lehmann Nr. 3). — Über die Bedeutung von „Ausführungsanzeige" in § 405 Abs. 2 vgl. § 400 Anm. II a. Nach früherem Recht nahm RG. 6 54 an, daß, wenn zunächst eine Ausführungsanzeige erfolgt sei, aus der nicht hervorgehe, ob durch Abschluß mit Drittem oder durch Selbsteintritt ausgeführt ist, und wenn später Selbsteintritt erklärt werde, die letztere Erklärung eine Verdeutlichung der ersteren dahin enthalte, daß durch erstere Erklärung der Kommissionär habe selbsteintreten wollen. Dem wird für das jetzige Recht nicht beizutreten sein. — Unter „abgeben" in § 405 Abs. 2 ist wohl dasselbe verstanden wie unter „abgeben zur Absendung" in §§ 400 Abs. 2, 3, 405 Abs. 3 (§ 400 Anm. II b 1).
3. Im Verhältnis zu einem Widerruf des Kommittenten. Aus § 405 Abs. 3 ist zu entnehmen, daß der Widerruf (§ 383 Anm. XI c 1) des Kommittenten nicht mehr wirksam ist, wenn er dem Kommissionär zugeht erst, nachdem dieser die Ausführungs-

anzeige zur Absendung abgegeben hat (§ 400 Anm. II b 1). Ob zu diesem Zeitpunkt die Selbsteintrittserklärung bereits abgegeben ist, ist dagegen unerheblich. Geht nach Abgabe der Ausführungsanzeige dem Kommissionär der Widerruf zu, so kann mithin der Kommissionär unter den Voraussetzungen des § 405 Abs. 2 innerhalb der dort bestimmten Frist noch selbst eintreten. — Da der Kommittent die Gefahr der Übermittlung des Widerrufs an den Kommissionär trägt, kommt ihm eine etwaige zufällige Verzögerung des Zugehens nicht zu statten. Dem Zugehen an den Kommissionär steht ein Zugehen an dessen Bevollmächtigten gleich (vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. XVI d). — Der Kommittent hat das Zugehen des Widerrufs, der Kommissionär das vorherige Abgeben der Ausführungsanzeige zur Absendung zu beweisen. — Solange die Selbsteintrittserklärung dem Kommittenten noch nicht zugegangen ist, kann der Kommissionär sie durch eine vorher oder gleichzeitig dem Kommittenten zugehende Erklärung widerrufen (§ 400 Anm. II b 1); also auch nach Zugehen des Widerrufs des Kommittenten an den Kommissionär (Staub Anm. 13). Dagegen ist die Ausführungsanzeige nicht einseitig widerruflich, selbst nach inzwischen eingegangenem Widerruf des Kommittenten; wird daher die Selbsteintrittserklärung widerrufen, so gilt nunmehr die Ausführungsanzeige als Anzeige über Abschluß mit Drittem. Auslegungsfrage ist, ob in einem Widerruf des Kommittenten auch ein Antrag auf vertragliche Aufhebung der Rechte und Pflichten aus einem inzwischen etwa bereits abgeschlossenen Ausführungsgeschäft liegt; ist dies der Fall, so liegt in einem darauf durch den Kommissionär erklärten Widerruf der Ausführungsanzeige eine Annahme jenes Antrags. — Auf den Fall des Erlöschens des Kommissionsauftrags durch Konkurseröffnung (§ 383 Anm. XI c 2) ist § 405 Abs. 3 entsprechend anzuwenden.

II. **Ausführungsanzeige ohne Selbsteintrittserklärung.** Sie wirkt nach § 405 Abs. 1 als Anzeige der Ausführung durch Abschluß mit Drittem. Macht der Kommissionär nicht zugleich mit der Ausführungsanzeige dem Kommittenten den Dritten namhaft, so tritt die fernere in § 384 Abs. 3 bestimmte Wirkung ein.

III. **Unterlassen einer Ausführungsanzeige.** Vgl. § 384 Anm. IV a 3.

§ 406.

Ausdehnende Anwendung der Vorschriften über Kommission.

Die Vorschriften dieses Abschnitts kommen auch zur Anwendung, wenn ein Kommissionär im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft anderer als der im § 383 bezeichneten Art für Rechnung eines Anderen in eigenem Namen zu schließen übernimmt. Das Gleiche gilt, wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft in der bezeichneten Weise zu schließen übernimmt.

Als Einkaufs- und Verkaufskommission im Sinne dieses Abschnitts gilt auch eine Kommission, welche die Lieferung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache, die aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, zum Gegenstande hat.

ADH. Art. 378. **Entw. I** § 380. **Entw. II** § 398.

I. **Handelskaufskommissionär** (§ 383 Anm. VII ff.) **als Übernehmer eines keinen Handelskauf enthaltenden Kommissionsgeschäfts (§ 406 Abs. 1 Satz 1).** Darüber, daß auch ein Vertrag der in § 406 Abs. 1 bezeichneten Art als Kommissionsvertrag zu bezeichnen ist, vgl. § 383 Anm. V. Der § 406 erwähnt zwar nur die Vorschriften „dieses Abschnitts"; doch ist selbstverständlich, daß auch die allgemeinen Vorschriften, namentlich diejenigen des BGB., soweit sie die Bestimmungen des HGB. über das Kommissionsgeschäft ergänzen (§ 383 Anm. I), zur Anwendung kommen. Auch sonst ist die Bestimmung zu eng, denn hält man jene Beschränkung im § 406 und § 415 fest, so muß anerkannt werden, daß der Gebrauch der Worte „Kom-

missionär" und „Speditör" in §§ 441—443 nicht mit den Begriffsbestimmungen der §§ 383, 407 vereinbar ist (§ 383 Anm. VII). Von den in § 383 hervorgehobenen Merkmalen wiederholt § 406 Abs. 1 nicht, daß ein Kauf oder ein Verkauf, und daß ein Geschäft über Waren oder Wertpapiere vorliegen müsse. „Kommissionär" vgl. § 383 Anm. VIII. „Im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft für Rechnung eines anderen im eigenen Namen zu schließen übernimmt" vgl. § 383 Anm. VIc—g.

II. **Kaufmann, der nicht Handelskaufskommissionär, als Übernehmer eines Kommissionsgeschäfts (§ 406 Abs. 1 Satz 2).** Entsprechende Vorschriften für das Speditionsgeschäft und das Frachtgeschäft sind in §§ 415, 451 enthalten. „In der bezeichneten Weise" weist zurück auf „für Rechnung eines anderen in eigenem Namen" in Satz 1. „Kaufmann" vgl. § 383 Anm. VI b. „Ein Geschäft"; also auch dann, wenn es eines der in § 383 erwähnten ist. Im übrigen vgl. oben Anm. I.

III. **Werkvertragskommission (§ 406 Abs. 2).** Der § 406 Abs. 2 entspricht dem § 381 Abs. 2. In demselben Umfang, in dem letzterer die Anwendbarkeit der Regeln über den Handelskauf erweitert, dehnt ersterer die Anwendbarkeit der Regeln über die Handelskaufskommission aus. Alles Nähere vgl. daher in § 381 Anm. II. Auch die Kommission über Lieferung einer unter Stoffbeschaffung durch den Unternehmer herzustellenden vertretbaren Sache ist „Handelskaufskommission" (§ 383 Anm. VII), wenngleich nach dem Sprachgebrauch des BGB. das Ausführungsgeschäft „Werkvertrag" bleibt, allerdings ein Werkvertrag, auf den die Vorschriften über Kauf Anwendung finden (§ 381 Anm. II b 1). — Nicht nur die allgemeinen Vorschriften über Handelskaufskommission, sondern auch die besonderen über Einkaufskommission oder über Verkaufskommission finden Anwendung; ersteres, wenn der Dritte, letzteres, wenn der Kommissionär Unternehmer ist. — Die Worte „im Sinne dieses Abschnitts" entsprechen den Worten „die Vorschriften dieses Abschnitts" in Abs. 1 (vgl. oben Anm. I); sie sind zu eng, und an ihnen ist nicht streng festzuhalten. So wird anzunehmen sein, daß auch KO. § 44 auf eine derartige Kommission Anwendung findet. Selbst wenn aber an dem engen Wortlaut festzuhalten wäre, ist die gewerbsmäßige Übernahme von Kommissionen der in § 406 Abs. 2 bezeichneten Art Handelsgrundgeschäft, denn § 1 Nr. 6 verweist durch das Wort „Kommissionär" auf § 383, die letztere Bestimmung steht aber in „diesem Abschnitt", ihr Sinn wird daher durch die in § 406 Abs. 2 enthaltene Ausdehnung festgelegt.

Vierter Abschnitt.

Speditionsgeschäft.

§ 407.

Speditör. Anwendung der Vorschriften über Kommission.

Spediteur ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Güterversendungen durch Frachtführer oder durch Verfrachter von Seeschiffen für Rechnung eines Anderen (des Versenders) in eigenem Namen zu besorgen.

Auf die Rechte und Pflichten des Spediteurs finden, soweit dieser Abschnitt keine Vorschriften enthält, die für den Kommissionär geltenden Vorschriften, insbesondere die Vorschriften der §§ 388 bis 390 über die Empfangnahme, die Aufbewahrung und die Versicherung des Gutes, Anwendung.

ADH. Art. 379, 387. Entw. I § 381. Entw. II § 399.

I. Speditionsgeschäft.

a. „Geschäft". Vgl. § 383 Anm. III, IV.

b. Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Der entgeltliche Speditionsvertrag ist eine Art des Geschäftsbesorgungs-Werkvertrags, kein Dienstvertrag (§ 383 Anm. I; ebenso Lehmann Nr. 12, Düringer-Hachenburg Vorbem. II 1 vor § 407; dagegen Staub Anm. 3, Goldmann Nr. 9).

c. Verhältnis zum Kommissionsgeschäft. Der Speditionsvertrag §§ 407 Abs. 1, 415 ist eine Art des „Kommissionsvertrags", wenn letzterer Begriff in dem in § 383 Anm. V bestimmten Sinn genommen wird. Denn sowohl der Fall des § 407 Abs. 1 wie auch der des § 415 sind Unterfälle des § 406 Abs. 1 Satz 2. — Dagegen fällt der Begriff des „Speditörs", wie § 407 Abs. 1 ihn bestimmt, nicht unter den Begriff des Kommissionärs, letzteren in der beschränkten gesetzlichen Bedeutung von §§ 383, 406 Abs. 2 genommen. Nur in letzterem Sinn sind die Bemerkungen in D. 241, 242 richtig, daß die „Spedition nicht mehr eine bloße Unterart der Kommission" (was nach ADH. der Fall war, ROH. 15 264), vielmehr „eine selbständige, ihrer rechtlichen Natur nach auf der gleichen Grundlage wie das Kommissionsgeschäft beruhende Geschäftsart" sei.

II. Speditör.

a. Wer. Sowohl § 407 (§ 1 Nr. 6) wie auch § 415 setzen die Kaufmannseigenschaft des Übernehmers voraus.

b. Gewerbsmäßig. Vgl. § 1 Anm. II a, § 383 Anm. VIII b. Dies Merkmal des „Speditörs" in dem beschränkten Sinn des Gesetzes bezeichnet den Gegensatz des in § 407 Abs. 1 behandelten Falls zu demjenigen des § 415. Da auch auf den Fall des § 415 die Regeln über das Speditionsgeschäft Anwendung finden, so hat jenes Merkmal keine Bedeutung für die Umgrenzung des Speditionsvertrags, sondern nur für die Abgrenzung des Begriffs eines Handelsgewerbes (§ 383 Anm. VII). Über die Frage, ob die Regeln der §§ 407 ff. nur auf einen betriebszugehörigen Speditionsvertrag Anwendung finden, vgl. § 383 Anm. VI c.

c. Übernimmt. Vgl. § 383 Anm. VI d. Im Übernehmen des Abschließens eines Fracht- (oder Zwischenspeditions-)vertrags liegt der Abschluß des Speditionsvertrags. Der abzuschließende Fracht- (oder Zwischenspeditions-)vertrag ist das Ausführungsgeschäft.

d. **Besorgen.**

1. Haupttätigkeit ist die Besorgung der in der Versendung liegenden Ortsveränderung. Während der Handelskaufskommissionär die als Endzweck gewünschte Tätigkeit (Kauf oder Verkauf) selbst vornehmen soll, hat der Speditör nur dafür zu sorgen, daß ein Dritter diese Tätigkeit (Beförderung) vornimmt. Er steht hierin auf gleicher Linie mit dem Exportkommissionär (§ 383 Anm. VI e 4).

2. Nebentätigkeiten des Speditörs. Daß der Speditör außer dem Abschließen des Frachtvertrags noch gewisse damit zusammenhängende eigene Tätigkeiten übernimmt, ist kein notwendiger Bestandteil des Speditionsvertrags. Doch werden — ebenso wie beim Kommissionsvertrag (§ 384 Anm. I b) — in der Regel auch solche eigene Tätigkeiten mit übernommen. So (vgl. D. 242, Staub Anm. 7) unter Umständen: Wahl des Beförderungswegs, Ausfüllung der Zoll- und Begleitpapiere, Verpacken, Übergabe an den Frachtführer, Versendung des Verfügungspapiers an den Empfänger. Geschieht dies, so ist die Vereinbarung über die Nebentätigkeiten Teil des Speditionsvertrags. Tatfrage ist, ob die anderweite Tätigkeit nur als Nebentätigkeit übernommen ist. Dies wird z. B. nicht anzunehmen sein, wenn bedungen ist, daß eine langdauernde Einlagerung von Gütern bei dem Speditör vor demnächstiger Versendung erfolgen soll. Anders bei vorübergehender Verwahrung (§§ 390 Abs. 1, 407 Abs. 2, § 416 Anm. II b 2). So z. B. bei vorübergehender Lagerung zwecks demnächstiger Versendung (LG. Frankfurt a/M. 1 IV 90 ZHR. **40** 531). Kein Speditionsvertrag (P. 1216), sondern unter Umständen ein Lagervertrag liegt vor, wenn der Auftrag nur dahin geht, eine Ware von einem Frachtführer in Empfang zu nehmen und bis zur Abholung durch den Auftraggeber zu verwahren (RG. **60** 47). Ebenso in anderen Fällen, in denen der einem Speditör erteilte Auftrag sich nur auf Lagerung (ROH. **24** 307, RG. **11** 136; dagegen LG. Frankfurt a/M. 1 IV 90 ZHR. **40** 531) oder sonstige, keine Versendung bezweckende Mühewaltungen (OLG. Dresden 15 II 85 ZHR. **36** 271) erstreckt. Dagegen kann unter Umständen ein Speditionsvertrag vorliegen, wenn die Besorgung der Abholung von Gütern und demnächstige Lagerung übernommen ist (vgl. LG. Frankfurt a/M. 3 III 87 ZHR. **36** 270); es kommt darauf an, ob im Einzelfall die Besorgung der Abholung oder die Lagerung die Hauptsache bildet. Soll der Speditör selbst abholen, so kann nicht Speditions-, sondern nur Frachtvertrag in Frage kommen (dagegen LG. Frankfurt a/M. aaO.). Als eine den Regeln des Speditionsvertrags unterliegende Nebentätigkeit ist die durch einen vom Speditör zu beauftragenden Vertreter zu bewirkende Musterziehung der vom Speditör zur Versendung zu bringenden Ware anzusehen (dagegen OLG. Hamburg 30 I 02 ZHR. **44** 249). Ebenso die Einziehung der vom Versender auf das Gut gelegten Nachnahme (dahingestellt RG. **13** 62). Nebentätigkeit ist auch die dem nachfolgenden Speditör obliegende Ausübung der Rechte des Vormanns. — Über Hergabe eigener Beförderungsmitttel durch den Speditör vgl. § 412 Anm. II b.

3. Spedition als Nebentätigkeit gelegentlich eines andern Vertrags. Liegt solch Fall vor, so kommen nicht die Regeln des Speditionsvertrags (RG. **14** 152), sondern des andern Vertrags zur Anwendung. So z. B. die Regeln des Kaufvertrags, wenn der Verkäufer ohne besonderen Entgelt die Besorgung der Versendung der verkauften Ware an den Käufer übernimmt (ROH. **8** 13, **13** 325). — Über einen Fall, in welchem ein Kommissionär, der zugleich mit Versendungsbesorgung beauftragt war, insoweit als Speditör angesehen und mithin für befugt zur Berechnung der Speditörprovision neben der Kommissionärprovision erachtet wurde, vgl. RG. 1 XII 00 JW. **01** 10[14].

e. **Für Rechnung eines anderen (des Versenders).** Vgl. § 383 Anm. VI f. Auch der Empfangsbezeichnete kann Versender sein. Versendung für eigene Rechnung liegt in den Fällen des § 413 vor. Tatfrage ist, ob der Speditör für Rechnung desjenigen handelt, der ihm die Waren zusendet, oder für Rechnung desjenigen, für den er sie in Empfang nimmt, um gemäß seiner Weisung die Weiterbeförderung zu besorgen; ist nur letzteres der Fall, so besteht nur mit demjenigen, für den er die Waren in Empfang nimmt, ein Speditionsvertrag, das

Verhältnis zum Zusender ist dagegen ein nach BGB. § 662, HGB. § 362 zu beurteilender Auftrag (RG. 54 30).

f. **In eigenem Namen.** Vgl. § 383 Anm. VI g. Über die hieraus sich ergebenden Rechtsverhältnisse des Beförderers zum Speditör und zum Versender vgl. § 383 Anm. IX, X. Über das Recht des Speditörs, gegenüber dem Dritten den dem Versender entstandenen Schaden mit geltend zu machen, vgl. § 383 Anm. IX a. Über das Rechtsverhältnis des Speditörs zum Empfänger vgl. unten Anm. IV. Der Speditör hat gegenüber dem Versender einen Anspruch auf Provision und Auslagenersatz, aber keine selbständige Frachtforderung, und im Verhältnis zum Frachtführer ist der Speditör, nicht dessen Auftraggeber, der „Absender" (D. 264), der den Frachtbrief ausstellt und die hierdurch entstehenden Verpflichtungen übernimmt (vgl. D. 242). Mangels ausdrücklicher anderweiter Vereinbarung ist der Speditör berechtigt, den Gütern, die er mit einem vom Versender unterzeichneten Frachtbrief übernimmt, statt dessen einen neuen, von ihm unterschriebenen oder seine mechanisch vervielfältigte Unterschrift tragenden Frachtbrief beizugeben (BerlHandelsgebr. 1 162). — Wenngleich der Speditör grundsätzlich nach außen in eigenem Namen auftritt, kann er doch als Nebentätigkeit (oben Anm. II d 2) übernehmen, gleichzeitig auch in fremdem Namen Ansprüche geltend zu machen; so bei Einziehung der auf dem Gut lastenden Kosten, Vorschüsse usw. namens des Versenders (unten Anm. V) und der Spesen des Vormanns namens des letzteren (§ 411 Anm. II). — Die für den Speditör geltenden Bestimmungen sind unanwendbar auf die bloße Vermittlung von Frachtverträgen durch die nicht in eigenem Namen abschließenden Frachtmakler, Güterbestätter und Schiffsprokuröre (D. 247, KB. 123).

g. **Versendung.** Hierunter ist in § 407 (anders in §§ 408, 443) dasselbe verstanden, wie unter „Beförderung" in §§ 425, 556. Vgl. daher § 425 Anm. II e. Übernahme von nicht die Versendung betreffenden Nebentätigkeiten seitens eines Speditörs vgl. oben zu d 2. Hat der vom Speditör beauftragte Frachtführer wegen Annahmeweigerung des Empfängers das Gut hinterlegt, so daß der ursprüngliche Speditionsauftrag hierdurch erledigt ist (unten Anm. III y), und beauftragt nunmehr der Versender den Speditör lediglich, „das Nötige zu veranlassen, damit das Gut an den Empfänger spesenfrei ausgeliefert werden kann", ohne ihn gleichzeitig auch mit Besorgung der Versendung vom Lagerhaus bis zur Wohnung des Empfängers zu beauftragen, so liegt in dem neuen Auftrag kein Speditionsauftrag (vgl. RG. 48 111). — Über Verträge, die eine unerlaubte Versendung betreffen, vgl. § 396 Anm. VII.

h. **Güterversendung.** Vgl. § 388 Anm. I a 1. Ein „Gut" kann jeder körperliche Gegenstand, mit Ausnahme lebender Menschen (RG. 20 49), sein. So Waren, Geldstücke (§ 429 Abs. 2), Geldbriefe (ROH. 12 315, 17 127, RG. 43 99; vgl. jedoch § 452), Chausseesteine (Str. 73 362), lebende Tiere (ROH. 13 134), Leichen (OLG. Hamburg 4 VII 87 ZHR. 36 271). Auch dann, wenn dem Wert nach nicht das Stoffliche des Gegenstands die Hauptsache bildet, wie z. B. bei Bildern, Handschriften, gewöhnlichen Briefen (RG. 20 48, 57 152; vgl. jedoch § 452), Zeitungen (ROH. 28 18; über Zeitungsdebit vgl. § 425 Anm. II e 5), Wertpapieren (vgl. § 429 Abs. 2). Ist ein Speditör von einem anderen Speditör mit Versendung eines mit Möbeln beladenen Wagens, Auslieferung der Möbel und Rücksendung des Wagens beauftragt, so ist für ersteren Speditör auch der Wagen Speditionsgut (OLG. Braunschweig 24 III 05 OLGRspr. 10 345). Bei Versendung von Flüssigkeit in einem Gefäß gehört auch das Gefäß zum Gut (LG. Lübeck 3 V 04 EisenbEntsch. 21 162). Der Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens ist nicht entscheidend für den Umfang des mit „Güter" im HGB. verbundenen Begriffs (RG. 20 49). Der letztere setzt nicht notwendig einen zum Umsatz brauchbaren Gegenstand (M. 168, Str. 73 362) mit einem gewissen wirtschaftlichen Wert voraus, umfaßt vielmehr alle beförderbaren Sachen, auch solche, die an sich keinen Vermögenswert haben (RG. 20 49). Keine Güterversendung liegt vor, wenn nicht Übermittlung eines bestimmten Stoffteils bis zum Endpunkt, sondern nur die Auslösung einer Wirkung am Endpunkt mittels Kraftübertragung in Frage steht. So bei Übermittlung durch Telegramm oder Fernsprecher (Staub § 425 Anm. 5) oder mittels gesprochenen Worts durch Boten. Über Annoncen„spedition" vgl. § 413

Anm. V. Bei Beförderung von Reisenden mit ihrem Gepäck ist die Beförderung des Gepäcks Nebentätigkeit, genügt daher nicht, um den Besorger zum Speditör zu machen. Daher ist der Auswanderungsexpedient nicht Speditör (LG. Hamburg 8 VI 86 ZHR. 36 270). Dagegen liegt eine Beförderung von Gütern in der Versendung des selbständig aufgegebenen Reisegepäcks (§ 425 Anm. II f), auch wenn daneben gleichzeitig ein Personenbeförderungsvertrag geschlossen wird.

i. **Durch Frachtführer oder Verfrachter von Seeschiffen.** Diese Fassung ist wohl eine zu enge, denn, wie aus § 408 Abs. 1 hervorgeht, ist nicht notwendig, daß der Speditör unmittelbar mit Frachtführern oder Seeverfrachtern abschließt, sondern es genügt, wenn er ausschließlich zu Zwischenspeditören in ein unmittelbares Rechtsverhältnis tritt (zust. Düringer-Hachenburg Anm. II 3). Auch ist nicht nötig, daß der Beförderer gewerbsmäßig die Beförderung betreibt (ROH 7 307; dagegen Meyer Speditör 9), denn da die Gewerbsmäßigkeit kein Merkmal für die Eigenschaft als Verfrachter ist, so wird man sie in § 407 auch nicht als Merkmal des ihm an die Seite gestellten Frachtführers festhalten dürfen. Frachtführer ist auch der Verfrachter von Binnenschiffen (§ 425). Kein Frachtführer sind die deutschen staatlichen Postverwaltungen (§ 452; dagegen Lehmann Nr. 5).

III. **Anwendbarkeit der für den Kommissionär geltenden Vorschriften.** Der § 407 Abs. 2 schreibt die Anwendung vor, soweit Rechte und Pflichten des Speditörs in Frage kommen und soweit Abschnitt 4 keine Vorschriften enthält.

a. § 383. **Begriff des Kommissionärs.** Nicht anwendbar, weil nicht Rechte oder Pflichten betreffend. Über die Frage, ob der Speditör ein Kommissionär ist, vgl. oben Anm. I c.

b. § 384. **Pflichten des Kommissionärs.**

1. Der § 384 Abs. 1 ist ersetzt durch § 408 Abs. 1.
2. Der § 384 Abs. 2 ist anwendbar (dagegen Düringer-Hachenburg § 407 Anm. III a, § 408 Anm. V 1); doch ist unverzügliche Ausführungsanzeige bei der Spedition nicht verkehrsüblich und daher nicht erforderlich (Staub § 408 Anm. 27; dagegen Lehmann § 408 Nr. 12).
3. Der § 384 Abs. 3 ist für nichtanwendbar zu erachten (ebenso Staub § 408 Anm. 28, Düringer-Hachenburg § 407 Anm. III a, § 408 Anm. V 3; dagegen Meyer Speditör 33; abweichend auch Lehmann § 408 Nr. 6), da er an die Verpflichtung zur Erstattung einer Ausführungsanzeige anknüpft.

c. § 385. **Nichtbefolgung von Weisungen des Versenders.**

1. Der § 385 Abs. 1 ist anwendbar (ebenso Staub § 408 Anm. 16, Düringer-Hachenburg § 407 Anm. III b). Vgl. daher § 385 Anm. II c namentlich über die Fragen, ob Schadensersatzanspruch und Nichtgeltenlassen sich ausschließen, ob der Schadensersatzanspruch bezw. das Recht des Nichtgeltenlassens ein Verschulden des Speditörs voraussetzt, ob das Nichtgeltenlassen erklärt werden muß, ob neben dem Nichtgeltenlassen der weisungswidrigen Ausführung eine weisungsgemäße Ausführung verlangt werden darf. Über die Weisung des Versenders auf Einziehung der auf der Ware lastenden Kosten und Nachnahmen vgl. § 408 Anm. I c.
2. Der § 385 Abs. 2 ist anwendbar.

d. § 386. **Abweichung von Preisbestimmung.** Die Bestimmung ist für entsprechend anwendbar zu erachten (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. III c und bezüglich des Abs. 2 Staub § 408 Anm. 16; dagegen bezüglich des Abs. 1 Staub Exk. zu § 415 Anm. 5) auf den Fall, daß der Speditör die ihm gesetzte Grenze für die aufzuwendenden Versendungskosten überschreitet. Den Fall einer Einigung zwischen Speditör und Versender über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten behandelt § 413 Abs. 1.

e. § 387. **Abschluß zu vorteilhafteren als gesetzten Bedingungen.** Der § 387 Abs. 1 ist anwendbar (ebenso Meyer Speditör 35; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. III d, der die Vorschrift des § 387 Abs. 1 als in § 408 Abs. 2 enthalten erachtet). Der § 387 Abs. 2 ist ersetzt durch § 408 Abs. 2; eine Sonderbestimmung über Beförderung durch Sammelladung ist in § 413 Abs. 2 enthalten.

f. § 388. **Beschädigung, Mangelhaftigkeit, Drohen von Verderb oder Entwertung.** Anwendbar (§ 407 Abs. 2). Der Anspruch gegen den Speditör erlischt nicht durch die Befriedigung des Versenders seitens eines Versicherers, wenn letzterem der Versender seinen Anspruch abtritt (OLG. Dresden 5 V 91 ZHR. 40 533).

g. § 389. **Verfügungssäumnis des Versenders.** Anwendbar (§ 407 Abs. 2; die ausdrückliche Erwähnung der „Empfangnahme" ist nicht als Beschränkung gemeint).

h. § 390. **Verwahrung, Versicherung.** Anwendbar (§ 407 Abs. 2). Der Speditör haftet daher z. B. für einen Schaden, der durch schuldhafte Lagerung in nicht genügend kühlem Keller entstanden ist (RG. 13 VII 01 JW. 655[15]). Die Angabe des Werts einer Sendung in den dem Speditör übergebenen Begleitpapieren ist als Auftrag zur Versicherung in Höhe des angegebenen Werts durch den Speditör anzusehen, wenn sich nicht aus den Umständen des Falls ergibt, daß die Wertangabe nur zu anderen Zwecken erfolgt ist (BerlHandelsgebr. 1 168, 173).

i. § 391. **Untersuchungs- und Anzeigepflicht.** Nicht anwendbar, weil Sonderbestimmung für den Einkaufskommissionär enthaltend.

k. § 392. **Forderungen gegen Dritte aus Speditionsgeschäften.** Da § 392 ausdehnend auszulegen ist als alle für Rechnung des Kommittenten erworbene Forderungen umfassend (§ 392 Anm. Ib), so ergibt sich für die Anwendung auf den Speditionsvertrag, daß insbesondere auch etwaige Forderungen des Speditörs gegen den Empfänger aus den zwischen ihnen bei Ablieferung der Ware geschaffenen Rechtsbeziehungen mitbegriffen sind. — Der Speditör ist verpflichtet, die von ihm für Rechnung des Versenders erworbenen Forderungen diesem abzutreten (§ 384 Anm. VIb, § 391 Anm. III, ROH. 15 264). Der Versender kann vor erfolgter Abtretung nicht gegen den Frachtführer (ROH. 11 259) oder Zwischenspeditör (Bolze 7 Nr. 518) klagen. Ebensowenig der Kommittent des Empfängers (vgl. ROH. 15 145).

l. § 393. **Vorschußleistung oder Kreditgewährung durch den Speditör an einen Dritten.**
1. Der § 393 Abs. 1 ist anwendbar.
2. Der § 393 Abs. 2 und 3 ist nicht anwendbar, weil Sonderbestimmungen für Verkaufskommissionäre enthaltend.

m. § 394. **Einstehen des Speditörs für Erfüllung durch Dritten.** Anwendbar. Doch werden Handelsgebräuche, inhalts deren der Speditör für Erfüllung durch den Beförderer einzustehen hat, in Deutschland selten oder nicht vorhanden sein; die Bestimmung der meisten ausländischen Gesetze, insbesondere des französischen Rechts, nach welchem der Speditör voll für Zwischenspeditöre und Beförderer einzustehen hat, ist absichtlich in das HGB. nicht übernommen worden (P. 753 ff., D. 241).

n. § 395. **Wechselankauf.** Seinem Wortlaut nach nicht anwendbar (ebenso Staub Erl. zu § 415 Anm. 7, Lehmann Nr. 14, Düringer-Hachenburg Anm. III m), weil Sonderbestimmung für Einkaufskommission enthaltend. Insoweit jedoch der § 395 über seinen Wortlaut hinaus auszudehnen und auch auf andere Fälle eines Wechselankaufs für Rechnung des Kommittenten anzuwenden ist (§ 395 Anm. I), erscheint auch die Anwendung auf den Speditionsvertrag geboten. So z. B., wenn der Speditör übernommen hatte, das Gut nur gegen Zahlung des Kaufpreises auszuhändigen und den eingezogenen Kaufpreis mittels Wechselankaufs zu übermitteln.

o. § 396. **Provision. Ersatz von Aufwendungen.**
1. Der § 396 Abs. 1 ist nicht anwendbar, sondern ersetzt durch § 409. Insbesondere ist auch § 396 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 nicht anwendbar (§ 409 Anm. Ia).
2. Der § 396 Abs. 2 ist anwendbar. Bezüglich der Frachtauslagen vgl. § 408 Anm. IV. Nur diejenigen Aufwendungen können ersetzt verlangt werden, die der Speditör den Umständen nach für erforderlich halten durfte (§ 396 Anm. IIb 2), mithin im Zweifel nur diejenigen, die durch die übliche Art der Versendung und das übliche Maß von Sorgfalt ihre Rechtfertigung finden (ROH. 20 189). Der Speditör ist nicht verpflichtet, über das vereinbarte Maß hinaus in Vorschuß zu gehen (§ 396 Anm. IIIa). Als vereinbart ist aber im Zweifel anzusehen, daß er die durch Abschluß der Verträge über Güterversendung

zu übernehmenden Verpflichtungen ohne eine andere als die im Besitz der Ware liegende Deckung einzugehen hat (Staub § 409 Anm. 11, vgl. Buchard Recht der Spedition S. 51). Über Hergabe eigener Beförderungsmittel durch den Speditör vgl. § 412 Anm. IIb.

p. **§ 397. Pfandrecht.** Nicht anwendbar, sondern ersetzt durch § 410.

q. **§ 398. Befriedigung aus eigenem Speditionsgut.** Anwendbar; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. IIIp, weil der Speditör niemals als solcher Eigentum und Gut erwirbt; indessen ist auch § 398 nicht auf den Fall beschränkt, daß der Kommissionär als solcher Eigentümer geworden ist. Der gewerbsmäßige Speditör ist indessen nur ausnahmsweise Eigentümer des Speditionsguts. Auch bei einem nichtgewerbsmäßigen Speditör kommt der Fall nur selten vor; übernimmt der Verkäufer ohne besonderen Entgelt die Besorgung der Versendung der verkauften Ware, so sind hierauf die Regeln über den Speditionsvertrag nicht anwendbar (§ 407 Anm. IId 3).

r. **§ 379. Befriedigung aus Forderungen an Dritte aus Spedition.** Anwendbar.

s. **§§ 400—403. Selbsteintrittsrecht.** Nicht anwendbar, sondern ersetzt durch § 412.

t. **§ 404. Pfand- und Befriedigungsrecht bei Selbsteintritt.** Anwendbar, soweit der Fall des § 398 ausnahmsweise bei Spedition vorliegt (oben zu q); im übrigen entsprechend anwendbar auf das in § 410 bestimmte Pfandrecht. Abweichend Staub Exk. zu § 415 Anm. 8, Düringer-Hachenburg § 407 Anm. IIIr.

u. **§ 405. Zeitgrenze für Selbsteintritt.** Die Anwendbarkeit ist zweifelhaft; doch wird sie (mit Staub § 412 Anm. 3, 8, Düringer-Hachenburg § 407 Anm. IIIr) zu verneinen sein, weil (oben zu b 2, 3) auch die Vorschriften des § 405 an die für den Speditör nicht bestehende Verpflichtung zur Erstattung einer sofortigen Ausführungsanzeige anknüpfen. Lehmann § 412 Nr. 3, 4 erachtet zwar § 405 Abs. 1 für nicht anwendbar, dagegen Abs. 3 für anwendbar. Indessen knüpft auch § 405 Abs. 3 an den Zeitpunkt der Ausführungsanzeige an. Die eine aus § 405 Abs. 3 zu entnehmende Folgerung, daß nämlich bis zur Absendung der Ausführungsanzeige widerrufen werden könne, ist nicht anwendbar auf die Spedition, vielmehr gilt hier nur die Regel, daß bis zu der in beliebiger Form erfolgenden (§ 412 Anm. IIa) Erklärung des Selbsteintritts der Widerruf zulässig ist. Die zweite aus § 405 Abs. 3 zu entnehmende Folgerung, daß ein nach Absendung einer Ausführungsanzeige eingehender Widerruf unwirksam ist, gilt zwar auch für die Spedition (dagegen Staub § 412 Anm. 3, der bis zum Eintreffen der Selbstausführungsanzeige beim Versender den Widerruf zuläßt), aber nicht auf Grund des § 405 Abs. 3, sondern als Folgerung aus allgemeinen Grundsätzen.

v. **§ 406. Ausdehnende Anwendung der Vorschriften über Kommission.** Nicht anwendbar; Abs. 1, weil ersetzt durch § 415; Abs. 2, weil eine Sonderbestimmung für Kaufskommission enthaltend.

w. **Verpflichtung zum Abschluß von Speditionsverträgen.** Dieselben Vorschriften wie bei Kommission finden Anwendung. Vgl. daher § 383 Anm. XIa.

x. **Abschluß des Speditionsvertrags.** Dieselben Vorschriften wie bei Kommission finden Anwendung. Vgl. daher § 383 Anm. XIb. Der einem Speditör erteilte Auftrag, ein Frachtstück nach einem anderen Ort zu befördern und dort an einen bestimmten Empfänger abzuliefern, ist im Zweifel nicht als Auftrag zur Selbstausführung (d. h. als Frachtauftrag), sondern als Auftrag zur Besorgung der Ausführung (d. h. als Speditionsauftrag) auszulegen (RG. 17 IV 01 JW. 396[4]).

y. **Endigung des Speditionsvertrags.** Dieselben Vorschriften wie bei Kommission finden Anwendung. Vgl. daher § 383 Anm. XIc. Insbesondere ist auch der Speditionsvertrag einseitig und ohne Entschädigung für Provisionsverlust kündbar durch den Versender (ROH. **16** 378, OLG. Hamburg 30 I 05 OLGRspr. **10** 344), solange nicht der Speditionsauftrag durch Abschluß des Beförderungsvertrags mit einem Dritten und hinzukommende Übergabe des Speditionsguts (§ 409 Anm. Ia) oder durch den Beginn eigener Beförderung ausgeführt ist. Ist die eigene Beförderung erst begonnen, aber nicht vollendet, so verbleibt dem Versender das Verfügungsrecht an dem Speditionsgut gemäß § 433 (§ 412 Abs. 2); ob der Speditör das Recht auf die Provision hat, vgl. § 409 Anm. Ic. Über den Zeitpunkt, bis zu welchem

Widerruf bei Selbsteintritt des Speditörs zulässig ist, vgl. oben Anm. III u. Über den vom Widerruf des Speditionsvertrags zu unterscheidenden Fall einer ohne Aufhebung des Speditionsvertrags ergehenden nachträglichen Weisung des Versenders, die Ware nicht dem ursprünglich als Empfänger Bezeichneten, sondern einem anderen auszuhändigen, vgl. § 408 Anm. III, § 407 Anm. IV a 2. — Der Speditionsauftrag ist erledigt, sobald der vom Speditör beauftragte Frachtführer wegen Annahmeweigerung des Empfängers das Gut berechtigterweise hinterlegt hat und der Speditör dem Versender hiervon Kenntnis gegeben hat; eine etwa daraufhin ergehende neue Weisung des Versenders enthält einen neuen Auftrag, der nicht notwendig Speditionsauftrag zu sein braucht (RG. 48 111). Dagegen endet die Verantwortlichkeit des Speditörs nicht schon mit der Übergabe des Guts an den Frachtführer (ROH. 16 351, OLG. Hamburg 21 V 90 HGZ. 40 531).

z. **Übertragung der Ausführung des Speditionsvertrags durch den Speditör an andere Personen.**

1. Parteiwille maßgebend. Wie bei der Kommission (§ 383 Anm. XI d), ist der Parteiwille dafür maßgebend, ob — abgesehen von der zulässigen Benutzung von Diensten der eigenen Angestellten — der Speditör die Ausführung des Auftrags an andere Personen übertragen darf.

2. Zu unterscheiden sind Zwischenspeditöre und Unterspeditöre. Der Zwischenspeditör übernimmt kraft eines von ihm mit dem Hauptspeditör abgeschlossenen Speditionsvertrags die selbständige Spedition auf einem Teil der Beförderungsstrecke oder die Ablieferung an den Empfänger. In der Regel wird in solchem Fall der Hauptspeditör dem Frachtführer den Zwischenspeditör als Empfänger bezeichnen (Hahn Art. 380 § 6). Der Unterspeditör ist ein Speditör, auf den der Hauptspeditör einen Teil derjenigen Tätigkeit überträgt, den nach dem Vertrag mit dem Versender eigentlich der Hauptspeditör selbst ausführen sollte (P. 4627). Darum haftet der Hauptspeditör nur für Sorgfalt bei Auswahl des Zwischenspeditörs, aber in vollem Umfang für Verschulden des Unterspeditörs (RG. 10 167, § 408 Anm. I b). — Unter „nachfolgender Speditör" (§ 441 Abs. 3) ist nicht jemand zu verstehen, mit dem der Versender, sondern nur jemand, mit dem ein früherer Speditör oder Frachtführer einen Speditionsvertrag geschlossen hat (§ 432: „von ihm übernommen"; vgl. Bolze 7 Nr. 518). Jener Ausdruck ist daher, soweit beide Vertragschließende Speditöre sind, gleichbedeutend mit „Zwischenspeditör". Schließt der Versender unmittelbar mehrere Speditionsverträge mit verschiedenen Speditören für aufeinanderfolgende Beförderungsstrecken, und beauftragt er den ersten Speditör, die Ware an den zweiten abzuliefern, so ist der zweite Speditör im Verhältnis zum ersten nicht Zwischenspeditör, sondern Empfänger.

3. Die Benutzung von Zwischenspeditören ist im Zweifel zulässig, soweit verkehrsüblich (vgl. ROH. 12 383); die §§ 408, 411 setzen sie voraus. Nicht verkehrsüblich und daher unzulässig ist die Benutzung eines Zwischenspeditörs für Besorgung der Umladung von der Eisenbahn bis an Schiffsseite, wenn Eisenbahn und Schiff sich am Niederlassungsort des Speditörs befinden (OLG. Hamburg 1 IV 87 HGZ. 36 270). In der bloßen Benennung des Empfängers seitens des Versenders gegenüber dem Speditör liegt keine Untersagung der Annahme eines Zwischenspeditörs und der Ausstellung des Frachtbriefs oder Ladescheins auf dessen Namen (ROH. 12 383). Doch darf der Speditör in solchem Fall die Waren nicht zur eigenen Verfügung, sondern muß sie zur Verfügung des ihm vom Versender aufgegebenen Empfängers dem Zwischenspeditör übersenden (OLG. Frankfurt a/M. 15 IV 90 HGZ. 40 533).

aa. **Erfüllungsort.** Es gilt das Gleiche wie beim Kommissionsvertrag. Mithin (§ 383 Anm. XI e) ist der Niederlassungssitz des Speditörs der Erfüllungsort sowohl für den Speditör (RG. 17 IV 01 JW. 396[4]; vgl. auch ROH. 12 415) wie für den Versender (abweichend Düringer-Hachenburg § 409 Anm. IV). Nach bisheriger Rechtsprechung (vgl. jedoch § 349 Anm. I d 8 über neuere Rechtsprechung) sind daher nach dortigem Recht die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Speditionsvertrag zu beurteilen (ROH. 8 12). Für die nähere Art, wie die Ablieferung auszuführen, ist aber das Recht des Empfangsorts maßgebend (RG. 38 196).

So insbesondere für die Frage, in welcher Höhe gegenüber dem Ladescheinberechtigten ein Pfandrecht geltend gemacht werden kann (RG. 44 119).

bb. **Verzug des Versenders oder des Speditörs.** Wie beim Kommissionsvertrag (§ 383 Anm. VI f 1), kommen die allgemeinen Bestimmungen des BGB. §§ 326, 636 zur Anwendung (ebenso Düringer-Hachenburg § 408 Anm. VI). Wird infolge des Verzugs der Speditör schadensersatzpflichtig, so kann unter Umständen der von ihm zu leistende Schadensersatz darin bestehen, daß er den Rechnungsbetrag der zu versendenden Ware unter Übernahme der Ware zu bezahlen hat (RG. 38 17).

cc. **Der Speditör ist Besitzer des Guts,** ebenso (§ 369 Anm. IV e, § 397 Anm. I b) wie der Kommissionär (§ 410, RG. 49 99).

dd. **Verfolgungsrecht.** Die Vorschrift der KO. § 44 ist nicht anwendbar, da eine Sondervorschrift für den Einkaufskommissionär enthaltend. Mithin hat der Speditör kein Verfolgungsrecht. Aus seiner Eigenschaft als Speditör folgt auch kein Recht, in eigenem Namen ein etwaiges Verfolgungsrecht des Versenders auszuüben (ROH. 20 193).

IV. **Rechtsverhältnisse des Speditörs zum Empfänger.**

a. **Vor Ablieferung.**

1. Allgemeines. Der „Empfänger" (§ 426 Nr. 3) als solcher steht zwar in einem Rechtsverhältnis zum Beförderer (§§ 433 ff., 512, 563, 592), aber nicht zum Speditör (ROH. 12 384, 13 325). Auch dann nicht, wenn der Versender den Speditör darauf hingewiesen hat, daß der Versender Kaufsagent des Empfängers bezüglich des Speditionsgut sei (dagegen OLG. Karlsruhe 20 XII 99 JHR. 44 248). Vielmehr müßte hinzukommen, daß der Kaufsagent im Namen des Empfängers den Speditionsauftrag gibt; dann aber ist der Empfänger und nicht der Kaufsagent der Versender. Ist der Empfänger zugleich Versender, so hat er gegenüber dem Speditör auch die Rechte des Versenders. Ebenso, wenn der Empfänger zwar nicht Versender ist, der Versender ihm aber seine Ansprüche gegen den Speditör abgetreten hat (ROH. 12 384). Ob darin, daß der Versender die einem Speditör übergebene Ware zur Verfügung eines Dritten stellt, eine zu gunsten des Dritten erteilte Anweisung oder eine Abtretung an den Dritten liegt, ist Tatfrage (RG. 49 98). Auch sonst können aus besonderem Rechtsgrund unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Speditör und Empfänger bestehen, z. B. infolge Eigentums des Empfängers am Speditionsgut und infolge besonderer Vereinbarung zwischen Speditör und Empfänger (Lehmann Nr. 15).

2. Zeitpunkt des Erlöschens des Verfügungsrechts des Versenders. Nach Maßgabe des Parteiwillens bei Abschluß des einzelnen Speditionsvertrags wird verschieden zu entscheiden sein, ob in dem betreffenden Fall bereits seit der Absendung oder erst seit der Ankunft am Bestimmungsort der Speditör im Verhältnis zum Versender berechtigt ist, sich in unmittelbare Verhandlungen mit dem Empfänger über Auslieferung des Guts einzulassen. Im Zweifel wird, falls über die Ware kein Verfügungspapier ausgestellt ist, der in § 433 für den Frachtführer festgelegte Zeitpunkt auch seitens des Speditörs abzuwarten sein. — Hat der Versender dem Speditör das Gut „zur Verfügung" einer auswärts wohnsitzenden Firma übergeben, so beginnt die Berechtigung des Speditörs, sich jener Firma gegenüber zu binden, bereits mit Übernahme der Ware; er erwirbt daher ein Pfandrecht an dem Gut durch einen der auswärtigen Firma gegebenen Vorschuß, und diese Firma ist Versender bezüglich der etwa von ihr angeordneten Weitersendung des Guts an ihren Wohnsitz (RG. 29 48). Macht der Speditör, dem Gut zur Verfügung eines Dritten übergeben ist, dem Dritten hiervon Mitteilung, so erlischt hierdurch noch nicht das Recht des Versenders zu nachträglicher Gegenweisung (ROH. 20 194). Frage der Auslegung jener Mitteilung des Speditörs ist es, ob bereits durch eine auf Grund derselben erfolgende Verfügung des Dritten das Verfügungsrecht des Absenders erlischt; dies geschieht nur, wenn der Speditör dem Dritten ein so unbedingtes Verfügungsrecht angeboten hat (ROH. 20 195), was als geschehen anzunehmen ist, wenn aus der Mitteilung hervorging, daß der Speditör sich zur Befolgung einer daraufhin ergehenden Verfügung bereit erkläre (ROH. 20 197). Das Verfügungsrecht des Versenders erlischt nicht schon dadurch, daß

der Dritte bereits verfügt, bevor der Speditör sich diesem zur Aushändigung des Guts bereit erklärt (RG. 14 152). Dagegen erlischt das Verfügungsrecht des Versenders mit dem Beginn der Ausführung der erteilten Verfügung des Dritten (ROH. 20 194).

b. **Nach Ablieferung.** Der Speditör ist gegenüber dem Versender verpflichtet, für Ablieferung an den etwa bezeichneten Empfänger zu sorgen. Ist niemand als Empfänger bezeichnet, so gilt der Versender als Empfänger. Nach Handelsgebrauch gilt der Speditör als im Zweifel beauftragt, die Aushändigung des Speditionsguts an den Empfänger nur Zug um Zug gegen Zahlung der Speditionsprovision, der Fracht, der sonstigen Beförderungskosten und der gelegentlich der Beförderung entstandenen Auslagen, insbesondere auch der Zollauslagen, vorzunehmen (§ 408 Anm. I c). Da der Empfänger als Kenntnis von jenem Handelsgebrauch habend anzusehen ist (§ 346 Anm. I c), und da der Speditör nach außen in eigenem Namen handelt (oben Anm. II f), so liegt in der Ablieferung der Ware durch ihn an den Empfänger und in der Annahme durch letzteren der stillschweigende Abschluß eines Vertrags zwischen ihnen, durch den der Empfänger sich gegenüber dem Speditör verpflichtet, an ihn die dem Empfänger bei der Ablieferung bekannten, auf der Ware lastenden Beträge zu zahlen. Weder § 436 noch § 438 sind anwendbar auf das Verhältnis zum Speditör (unten Anm. VI). Der etwa zwischen Speditör und Empfänger durch die Ablieferung an einen vom letzteren als Bevollmächtigter bezeichneten Mittelsmann abgeschlossene Vertrag ist nichtig, falls der Speditör wußte, daß der Mittelsmann im Einverständnis des Empfängers beabsichtigte, für letzteren die Waren zu schmuggeln (RG. 56 181; vgl. § 396 Anm. VII).

V. **Rechtsverhältnis des Versenders zum Empfänger.** Der Speditionsvertrag erzeugt kein solches Rechtsverhältnis. Außerhalb des Speditionsvertrags kann ein solches Rechtsverhältnis im Einzelfall bestehen; doch ist dies nicht notwendig. Der Speditör gilt nach Handelsgebrauch im Zweifel als ermächtigt, als Stellvertreter des Versenders (oben Anm. II f) Zahlung der Provision und Auslagen seitens des Empfangsbezeichneten entgegenzunehmen. Ebenso liegt in der Belastung einer Sendung mit Nachnahme eine solche Ermächtigung bezüglich des nachzunehmenden Betrags.

VI. **Rechtsverhältnis des Speditörs zum Vertragsgegner des Ausführungsvertrags.** Der Speditör hat für fremde Rechnung in eigenem Namen Geschäfte abzuschließen, die dem Zweck der Versendungsbesorgung dienen, z. B. mit Unterspeditören, Frachtführern, Versicherern. Für die durch diese Geschäfte entstehenden Rechtsverhältnisse gilt Entsprechendes wie bei dem Kommissionsgeschäft; vgl. daher § 383 Anm. IX. Insbesondere kann der Speditör im eigenem Namen auch den Schaden ersetzt verlangen, der infolge schuldhaften Verhaltens des Dritten dem Versender entstanden ist (RG. 62 335).

VII. **Die für den Frachtführer gegebenen Vorschriften,** welche sich auf das Verhältnis zum Empfänger beziehen, sind nicht entsprechend anwendbar (ROH. 13 327). So z. B. nicht § 435 (ROH. 12 384, 13 326, vgl. KG. 27 II 01 KGBl. 43; dagegen Str. 65 11), nicht § 436 (RG. 29 I 97 HoldheimsMSchr. 119), nicht § 438 (ROH. 8 195, 24 289). Der § 433 ist entsprechend nur anwendbar, soweit er das Verhältnis zum Absender betrifft (gegen Anwendbarkeit des § 433: ROH. 20 195; dafür: RG. 14 152). Über das Verhältnis des Speditörs zum Empfänger vgl. oben Anm. IV.

§ 408.

Pflichten des Speditörs, Frachtberechnung.

Der Spediteur hat die Versendung, insbesondere die Wahl der Frachtführer, Verfrachter und Zwischenspediteure, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen; er hat hierbei das Interesse des Versenders wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen.

Der Spediteur ist nicht berechtigt, dem Versender eine höhere als die mit dem Frachtführer oder dem Verfrachter bedungene Fracht zu berechnen.

ADH. Art. 380, 381 Abs. 2. **Entw. I** § 382. **Entw. II** § 400.

I. Haftung für Ausführung der Versendung.

a. Ausführung der Versendung.

1. Allgemeines. Der Speditör hat nicht selbst die Versendung auszuführen, sondern nur die Ausführung zu besorgen (§ 407 Anm. II d); trotz des Wortlauts des § 408 (entsprechend § 443) haftet er daher auch nicht für die Versendung, sondern nur für die Versendungsbesorgung. Daß unter Versendungsbesorgung sowohl der Abschluß des Beförderungsvertrags mit dem Beförderer und sonstiger Hilfs-Rechtsgeschäfte wie auch etwa mitübernommene nichtrechtsgeschäftliche Tätigkeiten begriffen sind, vgl. § 407 Anm. II d 2. — Hat der Versender weder ausdrücklich noch stillschweigend eine Bestimmung über die Art der Versendung getroffen, so ist der Speditör berechtigt, ohne Rückfrage das Gut als gewöhnliches Frachtgut zur Versendung zu bringen (BerlHandelsgebr. 1 163). — Ist seitens des Versenders der Auftrag für fremde Rechnung erteilt, so kann er bei Schadensersatzansprüchen auch das Interesse desjenigen geltend machen, für dessen Rechnung er versendet (RG. 62 335, vgl. § 383 Anm. IX a). So kann auch der Verkäufer, der die verkaufte Ware auf Verlangen des Käufers nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort versendet (BGB. § 447), mit seiner Vertragsklage zugleich das Interesse des Käufers verfolgen (RG. 62 335, OLG. Dresden 24 XI 05 OLGRspr. 11 415). — Über die Frage, in welchem Zeitpunkt die Verantwortlichkeit des Speditörs endet, vgl. § 407 Anm. III y.
2. Beispiele haftungbegründender Ausführungshandlungen. Der Speditör haftet unter Umständen z. B. für die Bestimmung der Zeit und Art der Versendung (z. B. Eilgut statt gewöhnlichen Frachtguts ROH. 11 88, offener statt geschlossenen Eisenbahnwagens OLG. Hamburg 1 II 90 ZHR. 40 532), für die Bemessung der Höhe der zu bewilligenden Fracht (P. 758), für die Wahl des Beförderungswegs (Bolze 8 Nr. 437) und der Beförderungsmittel (P. 758, ROH. 7 305, 12 382, OLG. Hamburg 16 II 89 ZHR. 38 236), für die Absendung trotz schlechten Zustands der Verpackung ohne Nachhilfe (P. 758), für Unterlassung der unter Umständen (aber nicht immer, unten Anm. I d 1) notwendigen Feststellung des Mindergewichts oder Mindermaßes des abzusendenden oder empfangzunehmenden Guts (ROH. 15 384, 20 232; vgl. § 388 Anm. I c) oder sonstige nicht genügende Wahrung der Ansprüche gegen die Beförderer (§ 407 Anm. III f, § 388 Anm. I c), für Unterlassung der ihm aufgetragenen Anhaltung und Zurückschaffung des speditierten Guts (ROH. 15 267, für Unterlassung der Sorge für das spätestens gleichzeitige Eintreffen des Konnossements mit der Ware am Bestimmungsort (RG. 13 63), für Unzuträglichkeiten infolge mangelnder Kenntnis des Speditörs von den am Bestimmungsort vorhandenen die Art der Ablieferung beeinflussenden Einrichtungen (RG. 13 66) oder von dem Verfahren der seinen Niederlassungsort anlaufenden regelmäßigen Dampferlinien bei Auslieferung von Gütern (OLG. Hamburg 21 V 90 ZHR. 40 532) oder von sonstigen die Mittel und Wege der Güterbeförderung betreffenden Gesetzen und Einrichtungen des Abgangslandes, des Bestimmungslandes und der Durchgangsländer, außer soweit fernliegende und selten in Frage stehende Verhältnisse in Betracht kommen (OLG. Hamburg 16 II 89 ZHR. 38 236), für unterlassene Angabe des Interesses an der Lieferung in Fällen, in denen dies bei Beobachtung gehöriger Sorgfalt erforderlich war (RG. 15 I 02 in Bolze 14 Nr. 371 und in RG. 28 141), für Aushändigung an einen anderen als den bezeichneten Empfänger (ROH. 16 349), für Unterlassung rechtzeitiger Benachrichtigung des Empfängers von bevorstehender Ankunft der Ware in Fällen, in denen dies verkehrsüblich (ROH. 12 389), für eine dem Verfrachter ohne Not (D. 244) bewilligte Minderung seiner gesetzlichen Haftung (ROH. 25 225, OLG. Hamburg 14 VI 90 ZHR. 40 534), für Verzögerung der Versendungsbesorgung (RG. 38 17, RG. 26 VI 01 JW. 618), für Nichtaufnahme eines Merkzeichens oder verkehrsüblichen Eigentumszeichens in den Frachtbrief oder das Verfügungspapier

(OLG. Hamburg 30 III 01 OLGRspr. 3 83, RG. 9 XI 01 JW. 02 29[24]). Ist der Speditör angewiesen, eine Sendung von einem Frachtführer entgegenzunehmen und die Weitersendung zu besorgen, so hat er bei Entgegennahme die Pflichten aus § 388 (§ 407 Anm. III 5), bei Weitersendung aber nur die Pflichten aus § 408 (OLG. Karlsruhe 4 VII 05 OLGRspr. 11 414). Ist er angewiesen, die Sendungen bei der Verzollung zu überwachen, so ist er verpflichtet, auch die Wiederverpackung zu beaufsichtigen (OLG. Karlsruhe 8 X 04 OLGRspr. 11 414 Anm.). Ist dem Speditör angezeigt, daß ein Gut nicht rechtzeitig angekommen ist, so hat er, soweit möglich, auch dafür zu sorgen, daß die Rechte auf Wiedererlangung und Schadensersatz erhalten und nicht etwa durch vorbehaltlose Annahme seitens des Empfängers zum Erlöschen gebracht werden (OLG. Dresden 24 XI 05 OLGRspr. 11 415).

b. **Wahl der Frachtführer, Verfrachter und Zwischenspeditöre insbesondere.** Nur für die Auswahl haftet der Speditör, dagegen weder für ein trotz sorgfältiger Auswahl eintretendes Verschulden jener Personen (ROH. 7 306, Bolze 4 Nr. 641), noch für Zufall (ROH. 12 381). Mithin namentlich nicht ohne weiteres für den Verlust oder die Beschädigung des Guts während der Beförderung oder die verspätete Ankunft desselben (D. 242). Doch darf er dem Frachtführer eine Minderung der Haftung nur bewilligen, wenn anderenfalls die Versendung nicht ausführbar ist (oben Anm. I a). — Ob der Speditör sich eines Zwischenspeditörs bedienen darf, vgl. § 407 Anm. III z. Er ist nicht auf die Wahl eines gewerbsmäßigen Beförderers beschränkt (§ 407 Anm. II i). — Dagegen haftet der Speditör — außer bei vertragsmäßigem Ausschluß dieser Haftung — in vollem Umfang für Vorsatz und Fahrlässigkeit derjenigen Personen, deren er sich zur Erfüllung bei der ihm obliegenden Versendungsbesorgung bedient (BGB. § 278, RG. 10 167), insbesondere also für seine Angestellten und für die etwa von ihm benutzten Unterspeditöre (vgl. § 407 Anm. III z). — Über Delkredere des Speditörs vgl. § 407 Anm. III m.

c. **Ablieferung der Ware an den Empfänger insbesondere.** Nach Handelsgebrauch gilt der Speditör als im Zweifel beauftragt, die Aushändigung des Speditionsguts an den Empfänger nicht anders als Zug um Zug gegen Zahlung der Speditions-Provision, der Fracht, der sonstigen Beförderungskosten und der gelegentlich der Beförderung entstandenen Auslagen, insbesondere auch der Zollauslagen, vorzunehmen (ROH. 19 217, Lehmann Nr. 15, Staub Anm. 23). Doch wird dadurch sein gegenüber dem Versender bestehender Erstattungsanspruch nicht zu einem bloß ergänzenden Rückgriffsrecht; vielmehr liegt nur ein Erhebungsauftrag vor, der erledigt ist, wenn der Empfänger nicht zahlt, ohne daß der Speditör noch zur Klage gegen den Empfänger verpflichtet wäre (ROH. 19 217; vgl. § 409 Anm. V). Auch durch Aushändigung der Ware an den Empfänger vor Zahlung jener Beträge verliert der Speditör an sich noch nicht seinen Anspruch gegen den Versender, und die Haftung des Versenders tritt nicht in die zweite Reihe zurück (ROH. 19 217). Vielmehr ist, wenn im Einzelfall eine Weisung (§ 384 Anm. III a) des Versenders auf Aushändigung nur gegen Zahlung vorliegt, bezüglich der eintretenden Folgen § 385 maßgebend (§ 407 Anm. II d, III c); liegt keine Weisung vor, so tritt Schadensersatzpflicht (§ 347 Anm. III b; abweichend BerlHandelsgebr. 1 164) ein. So kann z. B. der Versender bei mangelnder Sorgfalt des Speditörs gegenüber der Klage des letzteren die Schadensersatzforderung zur Aufrechnung stellen. Doch ist der Schaden nicht notwendig gleich hoch wie die nichteingezogene Nachnahme (RG. 13 67). Zur Anhaltung der Ware bis zur Zahlung des Kaufpreises durch den Empfänger ist der Speditör im Zweifel selbst dann nicht berechtigt oder verpflichtet, wenn er weiß, daß Versender und Empfänger im Verhältnis von Verkäufer zu Käufer stehen, da er im Zweifel annehmen darf, daß der Versender gedeckt ist (RG. 56 181) oder Kredit einräumen will. — Über das Verhältnis des Speditörs zum Empfänger, insbesondere den Zeitpunkt, wann das Verfügungsrecht des Versenders erlischt, vgl. § 407 Anm. IV. Über Pfand- und Zurückbehaltungsrecht des Speditörs vgl. § 410. Über das Pfandrecht des Frachtführers wegen Nachnahme vgl. § 440 Anm. I c 5.

d. **Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.** Vgl. § 384 Anm. I c, § 347 Anm. III a.

1. Inhalt der Haftung. Vgl. § 347 Anm. III b. Was bei Entwicklung der gehörigen

Sorgfalt nicht erreicht werden konnte, ist Zufall, wofür der Speditör nicht einzustehen hat (RG. 26 VI 01 JW. 618 [7]). Bei Bemessung dessen, was erreichbar, ist die Rücksicht auf Niedrigkeit der dem Speditör erwachsenden Kosten nur innerhalb der verkehrsüblichen Grenzen entscheidend (vgl. RG. aaO.). Liegt Sorgfaltsverletzung vor, so hat Kläger den ursächlichen Zusammenhang zwischen Sorgfaltsverletzung und Eintritt des Schadens darzutun (ROH. 12 382). Ist jedoch eine Vorsichtsmaßregel unterlassen, die zur Verhütung eines gewissen schadenbringenden Ereignisses bestimmt ist, und ist demnächst dies Ereignis eingetreten, so ist bis zum Gegenbeweis der ursächliche Zusammenhang als vorhanden anzunehmen (RG. 9 XI 01 JW. 02 29 [24]; vgl. RG. 42 292). Der Versender kann gegenüber dem Speditör den durch Nichterfüllung entstandenen Schaden auch dann einklagen, wenn das durch die Säumnis entwertete Frachtgut nicht Eigentum des Versenders, und der Frachtauftrag von letzterem in eigenem Namen für Rechnung des Empfängers gegeben war (ROH. 17 78, vgl. § 383 Anm. IX a). Der (Zwischen-)Speditör haftet, wenn er infolge mangelhafter Nachprüfung nicht bemerkt, daß der Frachtführer unrichtige Waren zur Weiterbeförderung übergibt (OLG. Hamburg 28 III 90 ZHR. 40 533). Der Speditör ist mangels besonderen Auftrags des Absenders nicht verpflichtet zur Nachprüfung eines ihm nicht vorgewogenen Gewichts, außer wenn die Verpackung sich in beschädigtem Zustand befindet oder Spuren der Eröffnung trägt (OLG. Hamburg 8 II 05 OLGRspr. 10 345, vgl. oben Anm. I a). Ist der Speditör wegen Verspätung der Ablieferung schadensersatzpflichtig, besteht der zu ersetzende Schaden darin, daß infolge jener Verspätung der Käufer vom Kaufvertrag zurückgetreten ist, und ist für den Versender die Ware nur mit erheblichen Schwierigkeiten anderweit verwertbar, so kann im Einzelfall der vom Speditör zu leistende Schadensersatz darin bestehen, daß er zur Zahlung des dem Käufer berechneten Kaufpreises gegen Behalten der Ware und Empfang der Abtretung etwaiger gegen den Käufer bestehenden Ansprüche verpflichtet ist (RG. 38 17). Über vertragliche Einschränkbarkeit der Haftung vgl. BGB. § 276 Abs. 2 § 278 Satz 2. Über die Wirkung allgemeiner Bekanntmachung der Speditionsbedingungen vgl. § 346 Anm. III a 8.

2. Beweislast. Der Art. 380 Abs. 2 ADH. lautete: „Der Speditör hat die Anwendung dieser Sorgfalt zu beweisen.“ Dies ist, weil „keiner besonderen Hervorhebung bedürfend“ (D. 242) nicht übernommen. In der Tat führt die Anwendung der allgemeinen Grundsätze in den Regelfällen zu derselben Verteilung der Beweislast (§ 384 Anm. I c, ROH. 19 214). Näheres vgl. § 390 Anm. III b. Sind bestimmte Vorwürfe gegen den Speditör erhoben, so kann er seine Verteidung hierauf beschränken (ROH. 8 201, 12 386).

II. **Wahrnehmung des Interesses des Versenders.** Vgl. § 384 Anm. II.

III. **Befolgung der Weisungen des Versenders.** Vgl. § 384 Anm. III. Der § 408 behandelt — wie § 384 (§ 384 Anm. III d) — nur den Fall, daß die Weisung entweder vertraglich vereinbart ist oder zwar einseitig, aber innerhalb der Grenzen des ursprünglichen Speditionsvertrags ergeht. Nicht unter allen Umständen liegt in einer Übersendung der Ware mit gewöhnlichem Frachtbriefformular die Weisung, nicht als Eilfracht zu spedieren (ROH. 11 88). In den regelmäßigen Fällen, in denen der Speditör kein erkennbar gewordenes Interesse an Ablieferung an einen bestimmten Empfänger hat, bleibt innerhalb der Grenzen des ursprünglichen Speditionsvertrags die einseitige Änderung der Person des als Empfänger Bezeichneten durch den Versender zulässig. Letzterer kann namentlich auch die Weisung erteilen, daß das Speditionsgut am Bestimmungsort an ihn selbst statt an den ursprünglich als Empfänger Bezeichneten abgeliefert werden solle. Auch die Tatsache, daß der Speditör des Versenders zugleich vom Empfänger mit der Empfangnahme beauftragt ist, ändert an sich nichts an der Pflicht des Speditörs, die Weisungen des Versenders zu befolgen (Bolze 1 Nr. 965). Die Befolgung einer nachträglichen Weisung ist nicht mehr geboten, sobald der durch jene Weisung betroffene Teil der Versendungsbesorgung bereits erledigt ist. Hat z. B. der Speditör bereits den Frachtvertrag über Beförderung auf einem der mehreren Beförderungswege abgeschlossen, so braucht er eine nachträglich eingehende Weisung, auf einem anderen Weg zu befördern, nicht zu beachten, außer wenn ihm auch Weisung auf Rückgängigmachung des bereits anderweit abgeschlossenen Frachtvertrags zugeht und Schadloshaltung in einer die Leistung genügend sicher-

stellenden Weise angeboten wird. Eine nachträgliche Weisung auf Nichtauslieferung an den als Empfänger Bezeichneten ist nicht mehr zu beachten, wenn bei Eingang der Weisung der Speditör sich bereits zulässigerweise unmittelbar gegenüber dem Empfänger zur Auslieferung bereit erklärt und letzterer dementsprechend verfügt hatte (§ 407 Anm. IVa 2). — Über die Frage, seit welchem Zeitpunkt der Speditör gegenüber dem Versender berechtigt ist, sich in unmittelbare Verhandlungen mit dem Empfänger einzulassen, vgl. § 407 Anm. IVa 2. Über Widerruf des Speditionsvertrags vgl. § 407 Anm. IIIy. Über die Wirkungen der Nichtbefolgung von Weisungen vgl. § 385 Anm. IIc, § 407 Anm. IIIc 1, Über Ausübung eines etwaigen Verfolgungsrechts des Versenders vgl. § 369 Anm. VId, § 410 Anm. IVa 5.

IV. **Höhe der dem Versender in Anrechnung zu bringenden Fracht.** Der § 408 Abs. 2 hebt für den Sonderfall der Frachtberechnung den Grundsatz hervor, daß neben dem in der Provision liegenden Entgelt für Mühewaltung nur die tatsächlich in dem betreffenden Einzelfall gehabten Auslagen des Speditörs diesem zu ersetzen sind, nicht etwa darüber hinaus dasjenige, was der gemeine Preis der Beförderungsleistung ist. In dieser Beziehung gilt nichts anderes als für den Kommissionsvertrag (D. 242, § 407 Anm. IIIo 2, e); vgl. daher § 396 Anm. II, § 387 Anm. III. — Ausnahmen von § 408 Abs. 2 bestehen für die Fälle des Selbsteintritts des Speditörs (§ 412 Abs. 2), der Einigung über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten (§ 413 Abs. 1) und der Versendung mittels Sammelladung (§ 413 Abs. 2). Die in ADH. Art. 383 enthalten gewesene fernere Ausnahme für den Fall, daß der Speditör für eigene Rechnung die von den Beförderern zu benutzenden Beförderungsmittel miete, ist, außer soweit sie unter § 413 fällt, in das HGB. absichtlich nicht übernommen worden (D. 242).

§ 409.

Provision.

Der Spediteur hat die Provision zu fordern, wenn das Gut dem Frachtführer oder dem Verfrachter zur Beförderung übergeben ist.

ADH. — **Entw. I** § 383. **Entw. II** § 401.

I. **Provisionsanspruch.**

a. **Voraussetzung** des Provisionsanspruchs.

1. Allgemeines. Nach § 409 ist Voraussetzung für das Entstehen des Provisionsanspruchs, daß das Gut dem Beförderer „zur Beförderung" übergeben ist. Nicht der Abschluß des Beförderungsvertrags entscheidet mithin; ebensowenig die Übergabe allein; sondern nur das Zusammentreffen von Übergabe und Abschluß des Beförderungsvertrags (Staub Anm. 1). Bis zu diesem Zeitpunkt kann der Versender den Speditionsvertrag einseitig ohne Entschädigung widerrufen (§ 383 Anm. XIc1, § 407 Anm. IIIy, ROH. 16 378; vgl. § 396 Anm. Ia 2γ). Von diesem Zeitpunkt an dagegen ist die Provision endgültig verdient (vgl. ROH. 8 172); auch im Fall späteren Verlusts des Guts geht daher der Speditör an sich nicht des Anspruchs auf die Provision verlustig (D. 243).

2. Widerruf. Wird der Speditionsvertrag nach Abschluß des Beförderungsvertrags zwischen Speditör und Beförderer, aber vor Übergabe des Guts an den Beförderer einseitig seitens des Versenders widerrufen, so hat nach Vorstehendem der Speditör keinen Anspruch auf Provision, selbst wenn der Widerruf nur wegen eines in der Person des Versenders liegenden Grunds erfolgt ist. Der § 396 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 ist nicht anwendbar (ebenso Staub Anm. 2, Düringer-Hachenburg Anm. IIc; dagegen Lehmann Nr. 2); auch nicht, was Staub Anm. 2 annimmt, BGB. § 162, da hier keine „Bedingung" in Frage steht (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. IIc). Dagegen bleibt unberührt der Anspruch des Speditörs auf Ersatz der gehabten Auslagen und auf Befreiung von den durch Abschluß des Beförderungsvertrags eingegangenen Verpflichtungen (§ 396 Anm. IIb 1, III). Auch wird ein Anspruch auf Entschädigung wegen der mit Rücksicht auf den erteilten Speditionsauftrag bereits aufgewendeten Arbeit (BGB. § 815) anzuerkennen sein.

3. Selbstbeförderung. Über die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt der Widerruf des

Speditionsvertrags bei Selbsteintritt zulässig ist, vgl. § 407 Anm. III u. Auch im Fall des Selbsteintritts hat der Speditör den Anspruch auf Provision (§ 412 Abs. 2). Als Zeitpunkt, in welchem der Anspruch endgültig verdient ist, wird anzusehen sein der nach Übergabe des Speditionsguts an den Speditör eintretende Beginn der Beförderung (Staub Anm. 3). Die Beförderung beginnt nicht bereits mit der Hinschaffung der Ware vom Ort, wo der Versender sie aufgibt, zum Lager des Speditörs, sondern erst mit der Zurücklegung eines Teils des Wegs zum Empfangsbezeichneten, sei es, daß sie unmittelbar vom Aufgabeort, sei es, daß sie vom Lager des Speditörs aus auf den Weg gebracht wird.

b. **Höhe** des Provisionsanspruchs. Vgl. § 396 Anm. I b.

II. **Ersatz von Aufwendungen.** Vgl. § 396 Anm. II, § 407 Anm. III o 2. Insbesondere Anspruch auf Zinsen § 396 Anm. II c 6, auf Entgelt für Benutzung von Lagerräumen und Beförderungsmitteln § 396 Anm. II c 2.

III. **Anspruch des Speditörs gegen den Versender auf Übergabe des Speditionsguts.** An sich besteht ein solcher Anspruch (§ 396 Anm. III). Indessen liegt in der Nichtübergabe im Zweifel ein Widerruf des Speditionsvertrags. Bis zur Übergabe ist aber einseitiger Widerruf zulässig und bringt die Forderungen des Speditörs aus dem Speditionsvertrag mit Ausnahme des Anspruchs auf Ersatz von Auslagen und auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten in Fortfall (oben Anm. I b).

IV. **Verjährung** der Ansprüche des Speditörs. Vgl. § 396 Anm. IV.

V. **Schuldner** des Speditörs ist der Versender. Sowohl bezüglich der Provision, wie bezüglich der Aufwendungen, wie auch bezüglich der etwa seitens des Versenders auf das Gut entnommenen Vorschüsse. Gegenüber dem Empfangsbezeichneten hat der Speditör keinen Anspruch, es sei denn aus besonderem Rechtsgrund (§ 407 Anm. IV). Doch ist er im Zweifel gegenüber dem Versender verpflichtet, einerseits die Einziehung jener Beträge bei dem Empfangsbezeichneten zu versuchen, und andererseits das Speditionsgut nicht vor Zahlung aller auf ihm lastenden Beträge durch den Empfangsbezeichneten diesem auszuliefern (§ 408 Anm. I c). Leistet aber der Empfangsbezeichnete nicht freiwillig Zahlung, so ist der Speditör nicht verpflichtet, diese Zahlung zu erzwingen, kann sich vielmehr an den Versender halten (§ 408 Anm. I c). So selbst, wenn der Speditör das Gut vor Zahlung ausgehändigt hatte. Über die Folgen, die eintreten, wenn die Aushändigung unter Verletzung der Sorgfaltspflicht des Speditörs oder entgegen einer Weisung des Versenders geschehen, vgl. § 408 Anm. I c. Solange ein Pfandrecht des Speditörs besteht, kann der von diesem in Anspruch genommene Versender bei der Vollstreckung den Speditör zunächst auf dessen Pfandrecht am Frachtgut verweisen (CPO. § 777; vgl. unten § 410 Anm. II).

§ 410.

Pfandrecht.

Der Spediteur hat wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen und Verwendungen sowie wegen der auf das Gut gegebenen Vorschüsse ein Pfandrecht an dem Gute, sofern er es noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann.

ADH. Art. 382 Abs. 1, 2. **Entw. I** § 384. **Entw. II** § 402.

I. **Voraussetzungen des Pfandrechts.**

a. **Gut.** Vgl. § 397 Anm. I a, § 407 Anm. II h. Über die Rechte des Speditörs an Speditionsgut, dessen Eigentümer er ist, vgl. § 398 (§ 407 Anm. III q). Über die Einwirkung von Eigentum oder belastendem Recht eines Dritten, insbesondere des Empfangsbezeichneten, am

Speditionsgut vgl. § 397 Anm. I a 3. Über den Rang des Pfandrechts des Speditörs gegenüber Pfandrechten des Kommissionärs, Lagerhalters und Frachtführers vgl. HGB. § 443.

b. **Besitz.** Vgl. § 369 Anm. IV e, § 407 Anm. III cc. Will der Speditör, trotzdem er von dem Frachtführer über das Gut einen Ladeschein ausstellen läßt und diesen dem Empfänger aushändigt, sein Pfandrecht aufrechthalten, so muß er seine Forderung als Nachnahme in dem Ladeschein vermerken lassen (RG. 44 119, vgl. § 446 Anm. I b). Mit freiwilligem Aufgeben des Besitzes erlischt das Pfandrecht. Insbesondere ist § 440 Abs. 3 nicht entsprechend auf den Speditör anwendbar (Staub Anm. 7). Händigt jedoch nicht der Speditör unmittelbar, sondern der von ihm bestellte Frachtführer aus, so besteht nach § 441 Abs. 1 Satz 2 das Pfandrecht des Speditörs (trotz Aufgebens des Besitzes) so lange wie das Pfandrecht des letzten Frachtführers, dauert also (§ 440 Abs. 3) fort, wenn es binnen drei Tagen nach Ablieferung gerichtlich geltend gemacht wird und das Gut noch im Besitz des Empfängers ist. Ob dann nur der letzte Frachtführer oder auch der Speditör es geltend machen kann, vgl. § 441 Anm. I b 1.

c. **Forderung.** Vgl. § 397 Anm. I c. Das Pfandrecht des Speditörs ist hinsichtlich der Forderungen, für die es besteht, enger begrenzt als das Pfandrecht des Kommissionärs. Es besteht nicht auch für Forderungen aus laufender Rechnung in Speditionsgeschäften, sondern nur für die durch den einzelnen Speditionsauftrag begründeten Forderungen (D. 243) mit Ausnahme etwaiger Schadensersatzforderungen des Speditörs gegen den Versender (§ 420 Anm. 1a). In allen übrigen Beziehungen sind jedoch die Abweichungen der Fassung des § 410 von derjenigen des § 397 für bedeutungslos zu erachten. Auch ist das Pfandrecht wegen aller übrigen dem Speditör gegen den Versender auf Grund des betreffenden Speditionsvertrags erwachsenen Forderungen zuzubilligen (Lehmann Nr. 3), selbst wenn man annehmen sollte, daß die Aufzählung in § 410 nicht erschöpfend ist. Der § 410 erwähnt ausdrücklich folgende Forderungen:

1. Fracht. Eingeschlossen sind die etwa dem Beförderer nach näherem Inhalt des Beförderungsvertrags zu zahlenden Nebengebühren, z. B. Liegegelder (vgl. §§ 440, 614, 623). Die Fracht ist ein Beispiel einer Verwendung (§ 420), auch im Fall des Selbsteintritts (§ 396 Abs. 2).
2. Provision. Vgl. § 397 Anm. I c 2, § 409 Anm. II. Nur die für Spedition verdiente Provision gibt das Pfandrecht des § 410. Ob im Einzelfall Einlagerung Teil der Speditionstätigkeit ist, vgl. § 407 Anm. II d. Im Fall der Einlagerung auf Grund selbständigen Lagergeschäfts kommt das Pfandrecht aus § 421 in Betracht, im Fall der Selbstbeförderung neben dem Pfandrecht aus § 410 auch das Pfandrecht aus § 440 oder § 623.
3. Auslagen und Verwendungen. Auslagen sind eine Art von Verwendungen (§ 354 Abs. 2, § 420 Abs. 1). Hierunter ist dasselbe zu verstehen wie unter „auf das Gut verwendete Kosten" in § 397. Einbegriffen sind namentlich auch etwaige Zollgelder (vgl. §§ 440, 614, 623). Aber auch der in § 397 besonders hervorgehobene Fall von „mit Rücksicht auf das Gut eingegangenen Verbindlichkeiten" wird hierunter mitzubegreifen sein. So hat z. B. der Speditör ein Pfandrecht wegen der von ihm gegenüber dem Frachtführer eingegangenen Verbindlichkeit auf Zahlung der Fracht; das Pfandrecht entsteht nicht etwa erst mit der demnächstigen Zahlung der Fracht.
4. Vorschüsse auf das Gut. „Vorschuß" vgl. § 396 Anm. II c 5. Daß in § 410 die in § 397 hinzugefügten Worte „und Darlehen" ausgelassen sind, ist bedeutungslos, denn „auf das Gut gegebene Darlehen" sind eine Art von Vorschüssen. Bei der Beratung des ADH. sind die im Preuß. Entw. Art. 302 enthaltenen Worte „oder Darlehen, ingleichen wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung im Speditionsgeschäfte" zwar gestrichen worden (P. 768, 771); doch sollten hierdurch nicht die auf das betreffende Gut gegebenen Darlehne ausgeschlossen werden (P. 769—771, 1220 f., 1226—1228, 1436—1438). Kein Vorschuß ist der zur Einlösung einer begründeten eigenen Forderung des Vormanns hingegebene Betrag (P. 1436 f.); insoweit besteht kein Pfandrecht gemäß § 410, sondern ein Pfandrecht gemäß § 411 (vgl. § 440 Anm. I c 5). Der § 410 entscheidet nicht die Frage,

in welchem Umfang der Speditör im Verhältnis zum Versender berechtigt ist, einem Dritten, insbesondere dem Empfänger, Vorschüsse auf das Gut zu geben (hierüber § 407 Anm. IVa), und ebensowenig die Frage, inwieweit er im Verhältnis zum Empfänger berechtigt ist, einem Dritten, insbesondere dem Versender, Vorschüsse auf das Gut zu geben. Vielmehr setzt § 410 voraus, daß eine Forderung des Speditörs, hier also eine Forderung auf Ersatz des Vorschusses besteht (P. 1227). Der § 400 betrifft aber, wie überhaupt die §§ 407—415, nur das Verhältnis zwischen Speditör und Versender. Mithin ist ein Pfandrecht des Speditörs nur insoweit anzuerkennen, als er gegenüber dem Versender einen Anspruch auf Ersatz geleisteter Vorschüsse hat. Ein solcher Anspruch besteht bezüglich aller dem Versender oder auf seine Anweisung geleisteten Vorschüsse (gleichgültig, ob der Versender in seinem Verhältnis zum Empfänger zur Entnahme des Vorschusses berechtigt war); darüber hinaus jedoch nur, wenn nach Inhalt des betreffenden Speditionsvertrags der Speditör zu dem Zeitpunkt zu welchem er einem Dritten Vorschüsse gewährte, bereits berechtigt war, sich in unmittelbare Verhandlungen mit diesem Dritten über Auslieferung der Ware einzulassen (vgl. § 407 Anm. IVa2). — Der Lagerhalter hat kein Pfandrecht wegen Vorschüsse (§ 421 Anm. Ic). Über die Frage, ob der Nachmann, der eine Nachnahme des Vormanns einlöst, auch dann ein Pfandrecht hat, wenn der Vormann nicht zur Erhebung der Nachnahme berechtigt war, vgl. § 440 Anm. Ic5.

II. **Wirkung des Pfandrechts.** Vgl. § 397 Anm. II. Die Wartefrist nach Androhung des Pfandverkaufs beträgt nur eine Woche, selbst wenn nur auf seite des Speditörs der Speditionsvertrag Handelsgeschäft ist (§ 368 Abs. 2). Das Pfandrecht des Speditörs gibt im Konkurs ein Absonderungsrecht (KO. § 49 Nr. 2, D. 243). Das Pfandrecht hat im Konkurs (KO. § 49 Abs. 2) und außerhalb des Konkurses (G. 17 V 98, RGBl. 249, Art. III) Rang nach dem Pfandrecht der Reichskasse, der Staatskassen und der Gemeinden sowie der Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen. — Zahlt der Empfänger nicht die auf dem Gut haftenden Beträge, so kann der Speditör gegen den Versender (§ 408 Anm. Ic, § 409 Anm. V) und — falls der Nachspeditör gegenüber einem Vorspeditör oder Vorfrachtführer forderungsberechtigt ist — gegen diese Vormänner die Forderung geltend machen, und diese Forderung ist nicht auf den Überschuß nach Verwertung des Pfandes beschränkt (ROH. 19 217; dagegen Str. 78 240). Doch kann der Schuldner bei der Vollstreckung den Gläubiger zunächst auf das Pfand verweisen (CPO. § 777).

III. **Abweichende Vereinbarungen.** Vgl. § 397 Anm. III.

IV. **Sonstige Sicherungsrechte des Speditörs.**

a. **Zurückbehaltungsrecht.** Sowohl das Zurückbehaltungsrecht des BGB. § 273 wie dasjenige des HGB. §§ 369 ff. kann im Einzelfall in Betracht kommen; letzteres, falls ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt. Die in § 369 Anm. VIId vertretene Auslegung des § 369 Abs. 3 führt in Anwendung auf den Speditionsvertrag zu folgenden Ergebnissen:

1. Ist Empfänger der Versender, so ist Zurückbehaltung zulässig (§ 369 Anm. VIId3α). Durch die Zurückbehaltung darf indessen die Ausführung der Versendung an den Bestimmungsort nicht aufgehalten werden.

2. Ist Empfänger ein anderer als der Versender.

α. Solange der Speditionsauftrag schwebt, besteht — abgesehen von den Fällen des § 370 Abs. 2 — kein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht (§ 369 Anm. VIId 3β); dagegen besteht — außer soweit der Speditör verpflichtet ist, in Vorschuß zu gehen (§ 407 Anm. IIIo 2) — ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Ansprüche aus dem betreffenden Speditionsvertrag nach BGB. §§ 320, 321, jedoch im Zweifel — da sein Anspruch gegen den Versender nicht früher fällig wird — erst, nachdem er vergeblich versucht hat, von dem Empfänger den geschuldeten Betrag einzuziehen (§ 409 Anm. V). Ob der Speditör, wenn er rechtswidrig ein Zurückbehaltungsrecht ausübt, später dadurch ein Zurückbehaltungsrecht erhält, daß demnächst die Voraussetzungen des § 370 eintreten, vgl. § 370 Anm. IVa.

β. Ist der Speditionsauftrag erledigt, so ist zu unterscheiden, ob der Besitzver-

schaffungswille des Versenders durch die Nichterledigung bedingt, oder ob er unbedingt war (§ 369 Anm. VIId 3δ).

War der Besitzverschaffungswille des Versenders bedingt, so besteht kein Zurückbehaltungsrecht. So z. B. wenn der Spediteur die Beförderung der ihm nur zu diesem Zweck übergebenen Ware ablehnt.

War der Besitzverschaffungswille des Versenders unbedingt, so besteht nach Erledigung des Speditionsauftrags das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. So z. B. bei Erledigung durch nachträglichen Widerruf des Speditionsauftrags, durch Ausübung des Verfolgungsrechts, durch Unmöglichwerden der Versendung, durch Annahmeverweigerung des Empfängers (vgl. RG. 27 X 96 JW. 702[42], § 627 Abs. 2), durch Nichterteilung des Speditionsauftrags nach Übergabe zwecks vorheriger zeitweiser Lagerung.

3. Gegenüber dem Empfänger wegen Forderungen gegen den Versender kann der Spediteur ein dem Spediteur etwa gegen den Versender zustehendes Zurückbehaltungsrecht in denjenigen Fällen ausüben, in denen die Ausübung gegen Dritte zulässig ist. Näheres in § 369 Anm. IVb, VI.

4. Wegen Forderungen des Spediteurs an den Empfänger. Erwirbt der Spediteur eine Forderung gegen den Empfänger — sei es gelegentlich des betreffenden Speditionsgeschäfts (vgl. § 407 Anm. IV), sei es aus sonstigen Geschäften —, so erlangt er diesem gegenüber ein neues kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht; jedoch nur, wenn der Empfänger bezüglich des zurückbehaltenen Gegenstands Rechtsnachfolger oder Vollmachtgeber des Versenders ist oder wenn er letzteren zur Übertragung des Speditionsauftrags an den betreffenden Spediteur angewiesen hat, denn nur in diesen Fällen wird man sagen können, daß das Speditionsgut „mit Willen" (§ 369 Anm. IVc) des Empfängers in den Besitz des Spediteurs gelangt ist (abweichend Staub Anm. 14). Dies neuentstandene Zurückbehaltungsrecht wegen Forderungen gegen den Empfänger kann der Spediteur gegenüber dem Versender geltend machen, wenn es nach dem Zeitpunkt zur Entstehung (§ 369 Anm. Vc) gelangt, in welchem (§ 407 Anm. IVa 2) der Spediteur im Verhältnis zum Versender berechtigt war, sich in unmittelbare Verhandlungen mit dem Empfänger über Auslieferung des Speditionsguts einzulassen und (vgl. § 433 Anm. IIb, ROH. 6 275) daraufhin den mittelbaren Besitz auf den Empfänger übertragen hatte; abweichend einerseits Staub Anm. 14, der wegen Dinglichkeit (§ 369 Anm. Vb) des Zurückbehaltungsrechts allgemein die Geltendmachung eines gegenüber dem Empfänger entstandenen Zurückbehaltungsrechts gegenüber dem Versender zuläßt, andererseits OLG. Hamburg 13 X 93 ZHR. 44 248, wo dies für unzulässig erachtet wird. Vor dem erwähnten Zeitpunkt kann der Spediteur gegenüber dem Versender kein Zurückbehaltungsrecht wegen Forderungen an den Empfänger geltend machen (ROH. 10 80, RG. 14 153).

5. Verfolgungsrecht des Versenders. Über den Vorrang des Verfolgungsrechts des Versenders gegenüber einem dem Spediteur gegen den Empfänger zustehenden Zurückbehaltungsrecht vgl. § 369 Anm. VId. Zu beachten ist jedoch, daß wenn der Versender das Verfolgungsrecht nach dem Zeitpunkt (§ 407 Anm. IVa 2) ausübt, zu welchem der Spediteur im Verhältnis zum Versender berechtigt war, sich mit dem Empfänger in unmittelbare Verhandlungen über Auslieferung des Guts einzulassen, und wenn der Spediteur von dieser Ermächtigung Gebrauch machend bereits unmittelbar gegenüber dem Empfänger Verpflichtungen übernommen hatte, nunmehr gegenüber dem Spediteur überhaupt kein Recht auf Nichtauslieferung an den Empfänger mehr besteht (§ 408 Anm. III), der Versender vielmehr auf die ihm unmittelbar gegen den Empfänger zustehenden Rechtsmittel beschränkt ist.

b. **Kein Verfolgungsrecht** des Spediteurs besteht (§ 407 Anm. IIIdd).

c. **Befriedigung aus eigenem Speditionsgut und Speditionsforderungen.** Vgl. § 407 Anm. III q, r.

§ 411.

Zwischenspeditör.

Bedient sich der Spediteur eines Zwischenspediteurs, so hat dieser zugleich die seinem Vormanne zustehenden Rechte, insbesondere dessen Pfandrecht, auszuüben.

Soweit der Vormann wegen seiner Forderung von dem Nachmanne befriedigt wird, geht die Forderung und das Pfandrecht des Vormanns auf den Nachmann über. Dasselbe gilt von der Forderung und dem Pfandrechte des Frachtführers, soweit der Zwischenspediteur ihn befriedigt.

ADH. Art. 382 Abs. 3, 4. **Entw. I** § 385. **Entw. II** § 403.

I. **Verhältnis des § 411 zu § 441.** Der § 411 Abs. 1 behandelt den Fall, daß einem Speditör ein anderer Speditör folgt, der § 441 Abs. 1 den entsprechenden Fall, daß einem Speditör oder einem Frachtführer ein Frachtführer folgt; in beiden Fällen so, daß der Nachmann den Vormann nicht befriedigt. Der § 411 Abs. 2 und der § 441 Abs. 2 behandeln den Fall, daß der Nachmann den Vormann befriedigt, und zwar setzt § 411 Abs. 2 Satz 1 sowohl als Vormann wie als Nachmann einen Speditör, § 411 Abs. 2 Satz 2 als Vormann einen Frachtführer, als Nachmann einen Speditör, § 441 Abs. 2 sowohl als Vormann wie als Nachmann einen Frachtführer voraus. Daß § 441 Abs. 3 einen besonderen Absatz bildet, beruht wohl auf einem (bereits aus ADH. herrührenden) Fassungsfehler, denn da er nur vom „Übergehen", nicht auch von „Ausübung" der Forderung des Vormanns handelt, ist er als Zusatz nur zu § 441 Abs. 2, nicht auch zu § 441 Abs. 1 anzusehen. Ist dies richtig, so behandelt § 441 Abs. 3 den Fall, daß der Nachmann den Vormann befriedigt hat (ebenso Staub § 441 Anm. 5), und daß der Vormann ein Speditör, der Nachmann ein Speditör oder Frachtführer ist. Jedenfalls aber ist der § 411 Abs. 2 Satz 1 vollständig in § 441 Abs. 3 enthalten. Daß § 411 vom „Zwischenspeditör", § 441 vom „Speditör" als Nachmann handelt, ist bedeutungslos, denn der erstere Fall ist von letzterem umfaßt (§ 407 Anm. III z).

II. **Nichtbefriedigter Vormann (§ 411 Abs. 1).** Daß dies die Voraussetzung des Abs. 1, ergibt sich aus dem Gegensatz zu Abs. 2. Der Nachmann übt in diesem Fall die Rechte des Vormanns nur namens des letzteren, als dessen unmittelbarer Stellvertreter (§ 407 Anm. II f) kraft gesetzlicher Vertretungsmacht aus. Gegenüber seinem Vormann ist er aber mangels gegenteiliger Vereinbarung auch verpflichtet, dessen Rechte auszuüben; er haftet hierfür dem Vormann, da zwischen beiden ein Speditionsvertrag besteht (§ 407 Anm. III z) und die Ausübung der Rechte des Vormanns eine zur Versendungsbesorgung gehörige Nebentätigkeit ist (§ 407 Anm. II d), gemäß § 408 Abs. 1 für Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns. Da der Nachmann die Rechte des Vormanns nur in dessen Namen ausübt, so stehen ihm insoweit alle Einwendungen entgegen, die gegenüber dem Vormann, selbst nach Aushändigung des Speditionsguts von diesem an den Nachmann, begründet sind.

III. **Befriedigter Vormann (§ 411 Abs. 2).**

a. **Befriedigung.** Unerheblich ist, in welcher Weise die Befriedigung erfolgt, ob z. B. durch Zahlung oder Aufrechnung. Nur „soweit" Befriedigung erfolgt, tritt der Übergang der Forderung ein. Keine Befriedigung liegt in einer Wechselhingabe erfüllungshalber (BGB. § 364 Abs. 2). Auch nicht in Gutschrift in laufender Rechnung, außer (ROH. 24 289) wenn der Vormann erklärt, die bloße Gutschrift als Befriedigung gelten zu lassen. Dagegen liegt bis auf weiteres eine Befriedigung in hinzukommender vertraglicher Überschußfeststellung, wenngleich wegen Schwebens des Geschäfts, falls demnächst der Laufrechnungsvertrag aufgehoben wird, ein Ausgleichungsposten eingesetzt werden müßte (§ 355 Anm. III a 2, VI a), wodurch die erfolgte Befriedigung dann rückgängig gemacht würde. Durch die Befriedigung erlischt das Schuldverhältnis zwischen Vormann und Versender; an dessen Stelle tritt das Schuldverhältnis zwischen Nachmann und Versender (unten zu b); außerdem aber entsteht nun ein Schuldverhältnis zwischen Nachmann und Vormann (unten zu c).

b. **Übergang der Forderung.** Hierin liegt ein Fall der Übertragung kraft Gesetzes (S. 1436). Mithin finden die Vorschriften des BGB. §§ 399, 401—404, 406—410 Anwendung (BGB. § 412); sie betreffen: Ausschluß der Übertragung durch Vereinbarung mit dem Schuldner, Übergang der Nebenrechte, Auskunfterteilung und Urkundenherausgabe durch Vormann, Recht auf Ausstellung öffentlich beglaubigter Abtretungserklärung, Zulässigkeit der zur Zeit des Übergangs begründeten Einwendungen gegen den Vormann, Aufrechnung, Schutz des Schuldners. Der in HGB. § 411 hervorgehobene Übergang des Pfandrechts folgt bereits aus BGB. § 401. Der Nachmann übt fortan die Forderung des Vormanns als eigene, also in eigenem Namen aus. So, selbst wenn er sich ein Rückgriffsrecht für den Fall des Nichteingangs der Forderung vorbehalten hat. In eigenem Namen hat er nicht nur gegenüber dem Empfänger, sondern auch gegenüber dem Versender aufzutreten. War die Forderung des Vormanns nicht begründet, so erwirbt auch der Nachmann aus dem gesetzlichen Übergang keine Forderung gegen den Schuldner, da das Recht des Nachmanns nur ein abgeleitetes ist (Schott bei Endemann 3 449, Lehmann Nr. 2, Staub § 441 Anm. 5, CosackHR. § 96 I 2a, Düringer-Hachenburg Anm. III 3; dagegen Hahn Art. 410 § 3, Eger[2] Frachtr. 2 666). Dagegen hat der Nachspeditör wegen der von ihm dem Vormann gezahlten Beträge, auch wenn dieser sie ohne Recht erhoben hatte, ein Pfandrecht aus vom Ursprung eigenem Recht, da im Verhältnis zum Nachspeditör der Vorspeditör Versender ist, und die erhobenen Beträge die Eigenschaft von Auslagen oder Vorschüssen haben (§ 410 Anm. I c 3, 4). Schuldner dieser unrechtmäßig erhobenen Vorschüsse ist aber lediglich der Vorspeditör (unten zu c); der Nachspeditör hat gegenüber dem ursprünglichen Versender keinen Anspruch auf Zahlung jener Vorschüsse; ebensowenig (§ 407 Anm. IV a) gegenüber dem Empfänger (ROH. 20 190). Hat der Nachspeditör, der den Vormann wegen einer von diesem aufgestellten unberechtigten Forderung befriedigt hatte, diese Forderung vom Empfänger eingezogen, so kann letzterer gegenüber dem Nachspeditör Rückzahlung (ROH. 24 289) gegen Rückgabe des Frachtguts (wegen des Pfandrechts des Nachspeditörs) fordern; er kann aber, da eine nicht bestehende Forderung auch nicht übergehen kann, auch unmittelbar gegen den Vormann auf Erstattung klagen.

c. **Verhältnis des Nachmanns zum Vormann.** Da der Vormann mit dem Nachmann einen Speditionsvertrag schließt (§ 407 Anm. III z), so hat ersterer gegenüber dem letzteren die Stellung des Versenders. Der Vormann haftet daher dem Nachmann als Schuldner wegen aller dem Vormann von dem Nachmann auf das Gut gegebenen Vorschüsse, namentlich auch der zur Befriedigung des Vormanns hingegebenen Beträge (Str. 78 239, § 409 Anm. V; wegen des Pfandrechts vgl. § 410 Anm. II). Andererseits ist der Nachmann dem Vormann verpflichtet, die Einziehung der Beträge bei dem Empfänger zu versuchen und das Gut nicht vor Zahlung auszuliefern (§ 409 Anm. V). Der Rückgriffsforderung steht daher z. B. dann eine Einrede entgegen, wenn der Nachmann unter Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns das vom Vormann überkommene Pfandrecht nicht rechtzeitig geltend macht.

IV. **Zulässigkeit der Benutzung von Zwischenspeditören.** Vgl. § 407 Anm. III z.

§ 412.

Selbstbeförderung durch Speditör.

Der Spediteur ist, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, befugt, die Beförderung des Gutes selbst auszuführen.

Macht er von dieser Befugniß Gebrauch, so hat er zugleich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers oder Verfrachters; er kann die Provision, die bei Speditionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Kosten sowie die gewöhnliche Fracht verlangen.

ADH. Art. 385. **Entw. I** § 386. **Entw. II** § 404.

I. Voraussetzungen für Zulässigkeit.
II. Selbstausführung.
III. Wirkungen.

I. **Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Selbsteintritts.**

a. **Speditionsvertrag.** Jeder Speditionsvertrag gibt das Recht zum Selbsteintritt. Eine dem § 400 Abs. 1 entsprechende Einschränkung, daß ein Marktpreis vorhanden sein müsse, ist nicht gemacht. Auch aus der Erwähnung der „gewöhnlichen Fracht" in § 412 Abs. 2 wird eine solche Einschränkung nicht abgeleitet werden dürfen (ebenso Lehmann Nr. 1, Düringer-Hachenburg Anm. II, Goldmann Nr. 4; dagegen CosackHR. § 95 I 7 a, Staub Anm. 1); anderenfalls müßte man aus der Erwähnung der „gewöhnlichen Fracht" in 413 Abs. 2, der „höchsten Fracht" in § 544, der „üblichen Fracht" in § 619, der „üblichen Vergütung" in BGB. § 632 auch schließen, daß die in den Vordersätzen jener Paragraphen erwähnten Tatbestandsmerkmale kein Schuldverhältnis begründen, wenn eine „gewöhnliche" bezw. „höchste" bezw. „übliche" Fracht bezw. eine „übliche Vergütung" nicht ermittelbar ist. Nicht anzuerkennen ist auch, daß eine Ausnahme vom Selbsteintrittsrecht bestehe, wenn der Speditör erkennen mußte, daß der Nichteintritt dem Versender günstiger sei, z. B. wenn ein dritter Frachtführer Beförderung zu geringerer als der gewöhnlichen Fracht angeboten hat (zust. Düringer Hachenburg Anm. III 6; dagegen Lehmann Nr. 2, 6), denn da die „gewöhnliche Fracht" denjenigen Betrag darstellt, den im Durchschnitt der Versender zahlen müßte, wenn er unmittelbar versendete, so hängt jedes geringere Angebot im Zweifel mit der besonderen Geschäftstätigkeit des Speditörs zusammen, auf deren Früchte der Versender keinen Anspruch hat; und wenn allerdings der Speditör verpflichtet ist, insoweit er für fremde Rechnung handelt, das Interesse des Versenders seinem eigenen Interesse voranzustellen, besteht eine gleiche Pflicht nicht auch, insoweit er — wie durch Ausübung des Selbsteintrittsrechts — für eigene Rechnung handelt (§ 384 Anm. II a). Kein Speditionsvertrag liegt in den Fällen des § 413 vor; vielmehr ist in diesen Fällen der Übernehmer nur Frachtführer; er hat daher auch nicht das Recht des Selbsteintritts als Speditör.

b. **„Wenn nicht ein anderes bestimmt ist."** Die Bestimmung kann durch Vertrag getroffen werden. Trotz Abweichung der Fassung von derjenigen des § 400 wird aber anzunehmen sein, daß auch für den Fall des § 412 die einseitige Bestimmung des Auftraggebers genügt. Über nachträgliches einseitiges Verbot des Selbsteintritts vgl. § 400 Anm. I c. Keine Bestimmung über Ausschließung des Selbsteintritts liegt in der Nennung eines Beförderungsmittels, dessen Eigentümer der Speditör nicht ist (z. B. der Eisenbahn), denn der Frachtführer kann auch mittels eines ihm nicht eigentümlich gehörenden Beförderungsmittels befördern, sei es, daß er das Beförderungsmittel mietet, sei es, daß er den Eigentümer jenes Beförderungsmittels als Unterfrachtführer benutzt (vgl. Lehmann Nr. 1). — Daß „ein anderes bestimmt ist", hat — als Ausnahme von der gesetzlichen Regel — der Versender zu beweisen (Düringer-Hachenburg Anm. II; dagegen Goldmann Nr. 5).

II. **Selbstausführung der Beförderung.**

a. **Ausführung.** Wie in § 400 (§ 400 Anm. II a), ist auch für § 412 grundsätzlich daran festzuhalten, daß der Selbsteintritt bereits in der Erklärung liegt, die zu besorgende Versendung als Selbstbeförderer ausführen zu wollen. Die Wirkung dieser Erklärung bleibt daher bestehen, auch wenn die Beförderung demnächst nicht stattfindet, z. B. weil sie unmöglich geworden ist. Nur der tatsächliche Unterschied besteht zwischen den Fällen der gewöhnlichen Kommission und der Spedition, daß bei der Spedition eine Ausführungsanzeige nicht erforderlich ist (§ 407 Anm. III b 2), mithin hier die Selbsteintrittserklärung nur in Ausnahmefällen ausdrücklich, in der Regel vielmehr stillschweigend, durch Beginnen der Selbstbeförderung oder Inanspruchnahme auch der Rechte eines Frachtführers, abgegeben wird. Keine stillschweigende Selbsteintrittserklärung liegt im Beginnen einer Beförderung mittels Sammelladung (oben Anm. I a). Über die Frage, ob die Nichtnamhaftmachung des Beförderers bei Erstattung einer etwaigen Ausführungsanzeige eine Haftung des Speditörs für die Ausführung der Versendung zur Folge hat, vgl. § 407 Anm. III b 3.

b. **Selbstausführung.** Sie liegt nicht nur dann vor, wenn der Speditör selbst oder durch seine Leute die Ortsveränderung des Guts bewirkt, sondern auch dann, wenn er nur nach außen hin, gegenüber dem Versender, die Stellung eines Selbstbeförderers übernimmt, demnächst aber nach innen durch andere Personen (Unterfrachtführer) die Versendung ausführen läßt

(§ 425 Anm. II d, CosackHR. § 95 I 7 a). — Keine Selbstausführung liegt allein in der Hergabe eigener oder für eigene Rechnung gemieteter Beförderungsmittel des Speditörs behufs Ausführung der Versendung durch einen anderen Beförderer. Der diesen Fall behandelnde Art. 383 ADH. ist in das HGB. nicht übernommen (D. 242). Solange daher in solchem Fall der Speditör nicht gegenüber dem Versender als Selbstbeförderer auftritt, hat er lediglich die Rechte und Pflichten als Speditör. Neben der von ihm tatsächlich gezahlten Fracht und der Provision kann er Ersatz der Aufwendungen, unter anderem auch eine Vergütung für Benutzung der von ihm hergegebenen Beförderungsmittel (§ 396 Abs. 2, § 407 Anm. III o 2) beanspruchen (zust. Düringer-Hachenburg § 407 Anm. III n). — Nicht § 412 (RG. 17 IV 01 JW. 397[4]), sondern § 413 ist maßgebend bei Ausführung der übernommenen Versendung mittels Sammelladung.

c. **Zeitpunkt** der Selbsteintrittserklärung. Geht man davon aus, daß die Bestimmungen des § 405 nicht auf den Fall der Spedition anwendbar sind (§ 407 Anm. III u), so besteht keine bestimmte Zeitgrenze für die Zulässigkeit der Selbsteintrittserklärung (CosackHR. § 95 I 7 a, Staub Anm. 3, Düringer-Hachenburg Anm. II), außer daß sie nach Erledigung des Speditionsauftrags nicht mehr zulässig ist (vgl. § 400 Anm. I d). Hat aber der Speditör zu irgend einer Zeit entweder sich als Selbstbeförderer oder als Nichtselbstbeförderer kundgegeben, so bleibt er an die abgegebene Erklärung gebunden und kann später nicht wieder davon abgehen. Legt man ferner die Ansicht zu grund, daß bereits im Abschluß des Beförderungsvertrags mit dem Dritten für Rechnung des Versenders eine Erledigung des Speditionsauftrags liegt, mithin schon dieser Abschluß einen späteren Selbsteintritt ausschließt (§ 400 Anm. I d), so ist auch hierdurch eine Zeitgrenze gegeben; allerdings wird sie tatsächlich kaum in Betracht kommen, da der Versender nur ausnahmsweise den Beweis wird erbringen können, daß für seine Rechnung abgeschlossen ist; die im Fall der Kaufskommission diesen Beweis erleichternden Vorschriften der §§ 401, 402, 405 Abs. 2 sind auf den Fall der Spedition nicht anwendbar (§ 407 Anm. III s, u). Über den Zeitpunkt der Erledigung des Speditionsauftrags durch Widerruf vgl. § 407 Anm. III u.

III. **Wirkungen.**

a. **Der Speditör hat zugleich die Rechte und Pflichten eines Beförderers (§ 412 Abs. 2 Halbs. 1).** Er hat mithin nebeneinander sowohl die Rechte und Pflichten als Speditör wie auch die Rechte und Pflichten als Beförderer, und zwar derjenigen Art des Beförderers (gewöhnlicher Landfrachtführer, Eisenbahn, Binnenwasserfrachtführer, Seeverfrachter), als welcher er selbst eintritt. Die beiden Arten von Pflichten häufen sich in allen Beziehungen, in denen Pflichten gegenüber dem Versender (nur solche behandelt § 412 Abs. 2) in Frage kommen. Die Rechte als Beförderer können dagegen nur insoweit gegenüber dem Versender ausgeübt werden, als nicht die Pflichten als Speditör entgegenstehen. Sind z. B. die Ansprüche gegen den Selbstbeförderer, insoweit sie aus dem Frachtvertrag herrühren, gemäß § 438 erloschen, so kann der Selbstbeförderer nichtsdestoweniger noch aus seiner Speditionstätigkeit in Anspruch genommen werden. Andererseits haftet der Versender — außer soweit im Einzelfall eine Haftung des Versenders gegen den Speditör als solchen begründet ist — nicht z. B. wegen Richtigkeit und Vollständigkeit der in den Frachtbrief aufgenommenen Angaben (§ 426), wegen Mangelhaftigkeit der Begleitpapiere (§ 427), wegen unterlassener ausdrücklicher Angabe, daß Kostbarkeiten, Kunstgegenstände, Geld oder Wertpapiere Gegenstand der Beförderung seien (§ 429 Abs. 2); denn insoweit kommen Pflichten des Speditörs in Frage, für deren Erfüllung gerade die ihm zustehende Provision die Gegenleistung bildet (CosackHR. § 95 I 7 b).

b. **Er kann Provision, regelmäßig vorkommende Speditionskosten und gewöhnliche Fracht verlangen (§ 412 Abs. 2 Halbs. 2).**

1. Provision. Vgl. § 409 Anm. I. Die Höhe der zu verlangenden Provision ist (vgl. § 403) die „gewöhnliche“.

2. Die bei Speditionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Kosten. Kosten ist hier gleichbedeutend mit Aufwendungen (§ 396 Anm. II), umfaßt daher z. B. auch Lagergeld für Benutzung eigener Lagerräume des Speditörs. Die Kosten können

auch dann in Ansatz gebracht werden, wenn sie in dem betreffenden Einzelfall in Wahrheit nicht entstanden sind.

3. Die gewöhnliche Fracht. Ist keine gewöhnliche Fracht ermittelbar (oben Anm. I a), so kann derjenige Betrag in Ansatz gebracht werden, der bei Übertragung der Beförderung an einen besonderen Beförderer diesem mangels Vereinbarung über die Höhe der Fracht als angemessen zu zahlen wäre. Dieser Betrag ist vom Speditör nach billigem Ermessen vorbehaltlich richterlichen Ermäßigungsrechts zu bestimmen (BGB. §§ 316, 315). Über die Frage, ob das Selbsteintrittsrecht fortfällt, wenn der Speditör in der Lage ist, die Beförderung billiger als zur gewöhnlichen Fracht auszuführen, vgl. oben Anm. I a. Die Bestimmungen des § 401 sind nicht anwendbar (§ 407 Anm. III s). Wird die Beförderung zu billigerer als der gewöhnlichen Fracht durch Beförderung mittels Sammelladung erzielt, so ist nicht § 412 (oben Anm. I a), sondern § 413 Abs. 2 anwendbar. Hat jedoch der Speditör auf andere Weise einen Frachtnachlaß erzielt, so kann er dennoch die volle Fracht dem Versender anrechnen (RG. 1 XII 00 JW. 01 10[14]).

§ 413.

Festbestimmte Beförderungskosten. Sammelladung.

Hat sich der Spediteur mit dem Versender über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten geeinigt, so hat er ausschließlich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers. Er kann in einem solchen Falle Provision nur verlangen, wenn es besonders vereinbart ist.

Bewirkt der Spediteur die Versendung des Gutes zusammen mit den Gütern anderer Versender auf Grund eines für seine Rechnung über eine Sammelladung geschlossenen Frachtvertrags, so finden die Vorschriften des Abs. 1 Anwendung, auch wenn eine Einigung über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten nicht stattgefunden hat. Der Spediteur kann in diesem Falle eine den Umständen nach angemessene Fracht, höchstens aber die für die Beförderung des einzelnen Gutes gewöhnliche Fracht verlangen.

ADH. Art. 383, 384. **Entw. I** § 387. **Entw. II** § 405.

I. **„Der Speditör."** Hätte hiermit lediglich auf die Begriffsbestimmung in § 407 verwiesen werden sollen, so hätte die Fassung „ein Speditör" lauten müssen. Das „der" läßt voraussetzen, daß der Versendungsbesorger in dem betreffenden Fall als „Speditör" handelt, und so widerspricht der Vordersatz dem Nachsatz, wenn man letzteren dahin auslegt, daß in solchem Fall kein Speditionsvertrag besteht (unten Anm. IV a). Der Nachsatz ist indessen das allein Entscheidende, das „der" nur ein Fassungsfehler. Übernehmer der Versendung kann ein beliebiger Kaufmann sein (§§ 415, 451). — Entsprechend ist auch die Erwähnung eines „Versenders" nicht ganz zutreffend, denn der Auftraggeber ist in den Fällen des § 413 nicht „Versender", sondern „Absender" oder „Befrachter".

II. **Einigung über bestimmten Satz der Beförderungskosten (§ 413 Abs. 1).**

a. **Einigung.** Eine solche Einigung kann auch in der Unterwerfung unter einen von dem Speditör aufgestellten festen Tarif (§ 346 Anm. III a 8, RG. 12 214), z. B. einen besonderen Tarif für den Sammelverkehr (D. 244), liegen. Unter Umständen auch in der widerspruchslosen Annahme einer Rechnung des Speditörs, die unter Zugrundlegung eines Bauschbetrags aufgestellt ist (ROH. 2 249). Nur diejenige Einigung ist gemeint, die vor Beendigung der Versendung erfolgt (D. 244: „zum voraus").

b. **Bestimmter Satz.** Hierunter fällt nicht nur eine Festsetzung in Bausch und Bogen, sondern

auch eine Festsetzung in der Weise, daß die Höhe der Beförderungskosten nach sachlichem Maßstab (z. B. Maß, Gewicht, Menge, Zeit, Entfernung) berechenbar ist. Den Gegensatz bildet eine Festsetzung in der Weise, daß nur die tatsächlich gehabten Auslagen ersetzt werden sollen. Auch eine Festsetzung in der Weise, daß „angemessene" oder „die gewöhnlichen" Beförderungskosten zu zahlen seien, kann unter § 413 fallen; ob, wenn der Vertrag so geschlossen ist, ein Frachtvertrag der in § 413 erwähnten Art oder ein vertraglich bedungener Selbsteintritt des Speditörs vorliegt, wird nur aus dem im Einzelfall vorhandenen Parteiwillen ermittelt werden können.

c. **Beförderungskosten.** Hierunter sind die gesamten Kosten der Versendung einschließlich der Entgegennahme und der Ablieferung des Guts zu verstehen; der Fall des § 413 ist nicht gegeben, wenn nur für einzelne der zur Versendung gehörigen Teiltätigkeiten (z. B. nur für die Verladung, nur für die Bewirkung der Ortsveränderung, nur für die Ablieferung) ein bestimmter Satz vereinbart ist (Staub Anm. 2). Dagegen wird das Vorliegen eines unter § 413 fallenden Tatbestandes nicht dadurch aufgehoben, daß an etwa entstehenden Nebenkosten, z. B. für Versicherung (ebenso Lehmann Nr. 3, Düringer-Hachenburg Anm. II 1 b; dagegen Staub aaO.), Lagergeld (ebenso Lehmann Nr. 10, Düringer-Hachenburg Anm. II 1 b; dagegen Staub aaO.), Zoll, Lotsengeld, Hafengeld, Leuchtfeuergeld, Schlepplohn, Quarantänegeld, Auseisungskosten der Auftraggeber die tatsächlich gehabten Auslagen zu bezahlen hat; denn eine derartige Bedingung enthält nichts einem Frachtvertrag Entgegenstehendes (vgl. z. B. § 621). Ebenso wird die Anwendung des § 413 nicht durch Zubilligung einer besonderen Provision ausgeschlossen (§ 413 Abs. 1 Satz 2).

III. **Versendung in Sammelladung (§ 413 Abs. 2).** Für diesen Fall ist unerheblich, ob eine „Einigung über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten" (oben Anm. II) stattgefunden hat oder nicht.

a. **„Bewirken der Versendung."** Das Gesetz nennt als Voraussetzung für die Anwendung des Abs. 2 nicht, daß nach Inhalt des Vertrags eine Sammelladungs-Versendung stattfinden soll, sondern lediglich, daß tatsächlich die Versendung so ausgeführt wird. In der Tat wird Abs. 2 auch dann zur Anwendung gebracht werden müssen, wenn der Vertrag keine Vorschrift über Versendung in Sammelladung enthielt (ebenso Lehmann Nr. 8); anderenfalls würde § 413 Abs. 2 in weitem Umfang durch Abschluß eines gewöhnlichen Speditionsvertrags mit folgendem Selbsteintritt des Speditörs außer Anwendung gesetzt werden können. Andererseits wird aber § 413 Abs. 2 auch in dem vom Gesetz nicht erwähnten Fall zur Anwendung zu bringen sein, daß vertraglich ausdrücklich Versendung durch Sammelladung bedungen ist, der Speditör aber demnächst tatsächlich nicht in Sammelladung, sondern als Stückgut versendet. Ein „Bewirken der Versendung in Sammelladung" wird bereits in dem Abschluß eines Sammeladungsfrachtvertrags seitens des Speditörs mit hinzukommender Übergabe des Guts an den Sammelladungsführer (§ 409 Anm. I a 1) zu finden sein. Ist ursprünglich nicht Sammelladung bedungen, erfolgt aber demnächst Versendung in Sammelladung, so wird anzunehmen sein, daß für diejenige Zeit, die dem im vorstehenden Satz bezeichneten Zeitpunkt vorhergeht, der Speditör die Rechte und Pflichten eines Speditörs — abgesehen jedoch von einem etwaigen Provisionsanspruch — behält, und daß seine Umwandlung in einen Frachtführer nicht mit rückwirkender Kraft erfolgt. Geschieht die Beförderung auf einzelnen Strecken der ganzen Reise in Sammelladung, auf anderen nicht, so wird der Speditör zum Frachtführer erst bei Beginn der ersten Sammelladungsstrecke; andererseits wird anzunehmen sein, daß er nicht wieder zum Speditör wird, wo die Sammelladungsstrecke aufhört, daß er vielmehr dann Frachtführer bleibt. Versendet der Speditör nur Teile des ganzen Speditionsguts in Sammelladung, andere Teile als Stückgut, so geht nur bezüglich der ersteren Teile der Vertrag in einen Frachtvertrag über. — Eine Verpflichtung des Speditörs, die billigere Beförderung im Sammelverkehr zu wählen, besteht, außer bei ausdrücklicher vertraglicher Bindung, nach Verkehrsübung auch dann, wenn die Umstände des Falls nicht ergeben, daß es dem Versender auf eine möglichst schnelle Beförderung ankommt (Staub Anm. 14 nach Gutachten der Berliner Ältesten der Kaufmannschaft). Der Versendungsübernehmer von Sammelgut, das in geschlossenen Wagen versendet zu werden pflegt, ist nicht

befugt, ohne Zustimmung des Bestellers es in offenen befördern zu lassen, selbst wenn es zwar in einem einzigen offenen, aber nicht in einem einzigen geschlossenen Wagen befördert werden kann (OLG. Hamburg 1 II 00 ZHR. 40 532).

b. **Sammelladung.** Diese Art der Versendung hat namentlich für die Bahnbeförderung große Bedeutung erlangt; sie dient hier ebenso dem Interesse der Versender, denen auf diese Weise die billigeren Tarifsätze für Wagenladungen an Stelle des teureren Stückguttarifs zugänglich gemacht werden, wie dem Interesse der Eisenbahnen, denen die unmittelbare Verfrachtung der einzelnen Stückgüter erspart bleibt (D. 244). Aber auch für die Schiffsbeförderung ist bei Verschiedenheit der Tarife für Raumfracht und Stückgutfracht derselbe Gesichtspunkt maßgebend. Der § 413 Abs. 2 ist bei jeder Art der Beförderung anwendbar, er ist nicht auf Beförderung durch die Eisenbahn beschränkt (KB. 121). — Zwar ist Inhalt eines Vertrags mit dem Versender über Zulässigkeit der Beförderung in Sammelladung, daß der Versender die Versendung seines Guts „zusammen mit den Gütern anderer Versender" gestattet. Wenn aber § 413 Abs. 2 auf Grund bloß tatsächlicher Sammelladungs-Versendung anwendbar ist (oben zu a), so wird für seine Anwendung auch genügen müssen, daß der Speditör die auf Grund mehrerer Speditionsverträge ihm übergebenen Güter lediglich desselben Versenders zu gemeinsamer Versendung auf Grund eines Raumfrachtvertrags vereinigt. Ja, man wird zweifeln können, ob nicht sogar die Versendung nur der auf Grund eines Speditionsvertrags ihm übergebenen Güter desselben Versenders genügt, solange die Beförderung mittels der von dem Speditör für den Sammelladeverkehr bereitgestellten Einrichtungen erfolgt, z. B. in dem ein für allemal gemieteten Raum, wenn zufällig andere Versender keine Güter zur Versendung aufgegeben haben.

IV. **Rechtsfolgen des Vorliegens eines der in Anm. II und III erwähnten Tatbestände.**

a. **„Er hat ausschließlich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers."** Nach D. 243, 244 soll eine Vereinbarung über Beförderung zu einem bestimmten Satz der Beförderungskosten „überhaupt nicht mehr als Spedition, sondern als Frachtgeschäft gelten", und auch beim Sammelverkehr soll „das Verhältnis zwischen dem Speditör und dem einzelnen Versender nicht den Vorschriften über das Speditionsgeschäft, sondern den Vorschriften über das Frachtgeschäft unterstellt" sein, „der Speditör ist hier lediglich Frachtführer", ihn trifft „die unmittelbare Verpflichtung für die Ausführung des Transports". Diese nach Inhalt der Denkschr. beabsichtigte Auslegung der Worte des Gesetzes wird zu grund zu legen sein (ebenso OLG. Hamburg 30 I 05 OLGRspr. 10 344), obgleich an sich die Worte des Gesetzes nicht so weittragend sind, denn in den Abschnitten über das Frachtgeschäft sind auch Vorschriften enthalten, die weder ein „Recht" noch eine „Pflicht" desjenigen betreffen, der gegenüber dem Versender die Ausführung der Versendung übernommen hat; so z. B. §§ 432 Abs. 2, 441, 449, 450, 452. Auch alle Vorschriften der letzterwähnten Art finden mithin Anwendung. Derjenige, auf den der ursprüngliche Übernehmer der Beförderung die weitere Ausführung überträgt, hat die Stellung eines „nachfolgenden Frachtführers". Der ursprüngliche Übernehmer haftet sowohl für die von ihm wie für die von einem nachfolgenden Frachtführer bestellten Frachtführer, nicht jedoch für den vom Absender bestellten Frachtführer und dessen Nachmänner (ROH. 14 278). — Daß es in § 413 abweichend von § 412 nur „eines Frachtführers", nicht „eines Frachtführers oder Verfrachters" heißt, ist als Fassungsfehler zu erachten (ebenso Staub 2 1487 Fußnote 1; dagegen, im Ergebnis voneinander abweichend, Burchard EisenbEntsch. 14 282 und Düringer-Hachenburg Anm. II 2); mithin sind die Vorschriften über Seeverfrachtung zur Anwendung zu bringen, wenn es sich in einem Fall des § 413 um solche handelt. — Will der Beförderer seine Haftung für die von ihm angenommenen Unterfrachtführer entsprechend den von den Unterfrachtführern ihm gegenüber geforderten Beschränkungen einschränken, so muß er in den von ihm mit seinem Auftraggeber geschlossenen Vertrag die erforderliche einschränkende Bestimmung aufnehmen (D. 244).

b. **Die dem Beförderer geschuldete Gegenleistung insbesondere.**

1. Falls Einigung über bestimmten Satz der Beförderungskosten erfolgt war. In diesem Fall, gleichgültig ob es sich um Sammelverkehr handelt oder nicht, hat entsprechend dieser Einigung der Beförderer den Anspruch auf den so festgesetzten Betrag.

Daneben kann er im Zweifel dieselben tatsächlich verauslagten Nebenkosten ersetzt beanspruchen, deren Ersatz er auch in sonstigen Fällen eines Frachtgeschäfts beanspruchen darf, denn im Zweifel erstreckt sich die Einigung nicht auf diese Nebenkosten (oben Anm. II c). Provision kann er nicht verlangen, außer wenn das Gegenteil besonders vereinbart ist (§ 413 Abs. 1 Satz 2).

2. Falls bei Versendung im Sammelverkehr keine Einigung über bestimmten Satz der Beförderungskosten erfolgt war. Auch in diesem Fall hat der Beförderer keinen Anspruch auf Provision, außer wenn das Gegenteil besonders vereinbart ist, und (ebenso Staub Anm. 12) er hat den Anspruch auf Ersatz der tatsächlich verauslagten Nebenkosten in demselben Umfang wie bei dem gewöhnlichen Frachtgeschäft (oben zu 1). Bezüglich der Fracht bestimmt § 413 Abs. 2 Satz 2, daß „eine den Umständen nach angemessene Fracht, höchstens aber die für die Beförderung des einzelnen Gutes gewöhnliche Fracht" zu zahlen sei. Der zulässige Höchstbetrag ist hiernach die gewöhnliche (z. B. in den maßgebenden Eisenbahntarifen festgesetzte) Stückgutfracht (D. 245). Berechnet der Speditör die Stückgutfracht unter Verschweigung des Umstands, daß in Sammelladung versendet ist, und unter Vorlegung eines Frachtbriefs, der nach Beschaffenheit und Inhalt den Anschein erweckt, als ob er durch die Eisenbahn ausgestellt sei und eine Stückgutsbeförderung betreffe, so wird hierin in der Regel ein strafbarer Betrug liegen (KB. 123). — Darüber, wie und nach welchen Grundsätzen die angemessene Fracht zu ermitteln ist, bemerkt D. 245: „Dem Speditör lediglich einen Anspruch auf Erstattung des dem Gewicht oder der Menge des einzelnen Gutes entsprechenden Teils der Gesamtfracht und auch die Provision zu gewähren, ist nicht angängig. Eine solche Berechnung wäre nur schwer durchführbar und jedenfalls in den Ergebnissen wenig befriedigend. Mit Rücksicht auf die Leistungen, welchen sich der Speditör bei der Übernahme der Versendung im Sammelverkehr unterzieht, erscheint es vielmehr billig, daß ihm ein gewisser Teil der Frachtersparnis, die er durch die Herstellung der Sammelladung erzielt, zu eigenem Nutzen verbleibt. Andererseits läßt es sich nicht rechtfertigen, dem Speditör . . . schlechthin die für die Beförderung des einzelnen Gutes gewöhnliche Fracht zuzusprechen. Eine derartige Regelung weist die Vorteile, welche sich im Eisenbahnfrachtverkehr aus dem bei Sammelladungen Anwendung findenden Wagenladungstarif im Vergleiche zum Stückgutstarif ergeben, ausschließlich dem Speditör zu; dies widerspricht aber dem Zwecke der ganzen Einrichtung und der offenbaren Absicht der Beteiligten, welche von der Beförderung im Sammelverkehr in erster Linie zum Zwecke einer Verbilligung der Transportkosten Gebrauch machen . . . Im Streitfalle wird der Richter, soweit erforderlich, mit Hilfe des Gutachtens Sachverständiger, über die Höhe der dem Speditör zukommenden Fracht zu entscheiden haben."

c. **Abweichende Vereinbarungen.** Vereinbarungen, durch welche die Beteiligten ihr Verhältnis zueinander in einer von den Bestimmungen des § 413 abweichenden Weise regeln, sind zulässig (D. 244). Wird vereinbart, daß ein Beförderer, für den der § 413 gilt, lediglich als Speditör nach § 408 haften soll, so bleibt der Vertrag dennoch Frachtvertrag (z. B. in Ansehung der Folgen eines Widerrufs), nur daß die Haftung des Beförderers eine beschränktere ist (OLG. Hamburg 30 I 05 OLGRspr. 10 344).

V. **Annoncenspedition.** Dem in § 413 Abs. 1 behandelten Fall nahe steht die „Annoncenspedition". Der Annoncenspeditör schließt seine Geschäfte in der Regel in der Weise ab, daß er gegen ein bestimmtes Entgelt die Besorgung von Anzeigen, die ein Dritter machen soll, übernimmt, und zwar so, daß er gegenüber dem Dritten in eigenem Namen auftreten soll. Dies Geschäft ist nicht als Verlagsgeschäft oder als Geschäft des Buchhandels anzusehen (Staub § 1 Anm. 72; dagegen Staub Exk. zu § 415 Anm. 1, Düringer-Hachenburg § 407 Anm. II 2); nicht der Annoncenspeditör, sondern der Zeitungsherausgeber ist der Verleger oder Buchhändler. Der Annoncenspeditör ist jedoch in der Regel Kaufmann nach § 2. Die Annoncenspedition ist Werkvertrag (dagegen ROH. 4 135); allerdings ist das übernommene Werk nicht die Einrückung, sondern die Besorgung der Einrückung. Der Annoncenspeditör ist nicht Kommissionär (ROH. 12 214; ebenso Düringer-Hachenburg § 407 Anm. II 2, Goldmann

§ 407 Nr. 3; dagegen OLG. Zweibrücken 3 VII 01 OLGRspr. 6 95, Lehmann 2 269 Note 1, vgl. auch ROH. 4 135), denn da er ein bestimmtes Entgelt vereinbart, so handelt er nicht für Rechnung des Bestellers. Ist allerdings ausnahmsweise einmal vereinbart, daß für Rechnung des Bestellers, nur gegen Provision, die Besorgung erfolgen solle, so ist ein solches Geschäft Kommissionsvertrag (vgl. Staub Exk. zu § 415 Anm. 1). Der Annoncenspeditör ist nicht Speditör (ebenso Staub Exk. zu § 415 Anm. 1, Lehmann 2 269 Note 1, Düringer-Hachenburg § 407 Anm. II 2, OLG. Zweibrücken 3 VII 01 OLGRspr. 6 95; dagegen RG. 20 51, OLG. Celle 22 III 02 OLGRspr. 6 95, Goldmann § 407 Nr. 3, vgl. auch ROH. 4 135) und auch nicht Speditionsunternehmer (dagegen ROH. 1 212, 12 214) aus dem ferneren Grund, daß nicht Versendung von Gütern übernommen ist. Denn (§ 407 Anm. IIh) nicht wesentlich ist, daß ein vom Besteller beschriebenes Stück Papier an die Zeitung weitergegeben wird, sondern dem Annoncenspeditör, ist überlassen, auf welchem Weg er die Besorgung übermitteln will, ob er z. B. die Anzeige auf ein anderes Stück Papier übertragen und dieses weitergeben, oder ob er sie durch Fernsprecher übermitteln will; in vielen Fällen stellt sogar erst der Annoncenspeditör den Wortlaut der Anzeige fest oder gibt wenigstens bezüglich der näheren Art des Drucks die genaueren Anweisungen. Ob der Annoncenspeditör verpflichtet ist, Belegblätter zu übersenden (allgemein bejaht OLG. Celle 22 III 02 OLGRspr. 6 95), ist Frage der Vertragsauslegung und der Verkehrsüblichkeit.

§ 414.

Verjährung.

Die Ansprüche gegen den Spediteur wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes verjähren in einem Jahre. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden.

Die Verjährung beginnt im Falle der Beschädigung oder Minderung mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Ablieferung stattgefunden hat, im Falle des Verlustes oder der verspäteten Ablieferung mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen.

Die im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche können nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn vorher der Verlust, die Minderung, die Beschädigung oder die verspätete Ablieferung dem Spediteur angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet worden ist. Der Anzeige an den Spediteur steht es gleich, wenn gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen dem Versender und dem Empfänger oder einem späteren Erwerber des Gutes wegen des Verlustes, der Minderung, der Beschädigung oder der verspäteten Ablieferung anhängigen Rechtsstreite dem Spediteur der Streit verkündet wird.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Spediteur den Verlust, die Minderung, die Beschädigung oder die verspätete Ablieferung des Gutes vorsätzlich herbeigeführt hat.

ADH. Art. 386. **Entw. I** § 388. **Entw. II** § 406.

I. Ansprüche gegen den Speditör wegen Verlusts, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Guts.

a. Ansprüche gegen den Speditör.

1. Ansprüche. Hierunter sind nur die auf dem Speditionsvertrag beruhenden zu verstehen (RG. 7 129). Unberührt sind daher etwaige Ansprüche aus einem dinglichen Recht des Versenders (vgl. ROH. 10 302). Ebenso außervertragliche Ansprüche, z. B. der Anspruch auf Herausgabe der für schuldlos unberechtigte Veräußerung des Guts empfangenen Gegenleistung (BGB. § 816) oder der Anspruch (BGB. §§ 812, 813) auf Rückerstattung zu viel erhobener Fracht oder Nebenkosten (§ 470 verglichen mit § 439) oder der außervertragliche Anspruch auf Ersatz eines Schadens, der durch Verletzung einer im öffentlichen Interesse bestehenden Verpflichtung entstanden ist (RG. 49 95). Ebenso Ansprüche aus einem besonderen, neben dem Speditionsvertrag bestehenden Vertrag. Andererseits sind sämtliche auf dem Speditionsvertrag beruhende Ansprüche aus Verlust usw. durch § 414 getroffen. Nicht nur Schadensersatzansprüche (was man aus §§ 429, 430 in Verbindung mit § 439 könnte ableiten wollen), sondern z. B. auch der Erfüllungsanspruch, der Anspruch auf Rückgängigmachung des Vertrags (z. B. wegen Verzugs, BGB. §§ 326, 636 Abs. 1 Satz 2), der Anspruch auf Rückgabe des empfangenen Guts wegen der durch die Verspätung herbeigeführten Unmöglichkeit der Erfüllung. Die Ansprüche können z. B. beruhen auf der allgemeinen Sorgfaltspflicht (§ 408 Anm. I), auf der Nichtbeachtung von Weisungen des Versenders (§ 408 Anm. III), Nichtwahrung der Rechte gegen die Beförderer (§ 407 Anm. III f), Übernahme der Einstehungspflicht (§ 407 Anm. III m); so auch bei Selbsteintritt insoweit die Speditörhaftung in Frage kommt (§ 412 Anm. III a). Rechtsgrund ist nie Verlust, Minderung, Beschädigung, Verspätung allein, sondern nur in Verbindung mit einer im Einzelfall aus besonderem Grund bestehenden Verpflichtung des Speditörs, den auf jene Tatsache sich gründenden Anspruch zu befriedigen.

2. Des Versenders Ansprüche. Dem Versender stehen seine Rechtsnachfolger gleich. Bezüglich der Ansprüche anderer Personen aus dem Speditionsvertrag ist § 414 gegenstandslos, da solche Ansprüche nicht vorkommen können (anders § 439). Denn da gegenüber dem Empfangsbezeichneten der Speditör als solcher in keinem Rechtsverhältnis steht, mithin etwaige Ansprüche des Empfangsbezeichneten gegen den Speditör stets auf besonderem Rechtsgrund beruhen (§ 407 Anm. IV), so ist § 414 nicht anwendbar auf die anders als durch Abtretung des Versenders erworbenen Ansprüche des Empfangsbezeichneten (ROH. 13 325 gegen Str. 65 11; vgl. § 407 Anm. VI).

3. Gegen den Speditör gerichtete Ansprüche. Gemeint sind nur Ansprüche gegen den Speditör als solchen. Der § 414 ist nicht anwendbar, soweit der Speditör nicht als solcher, sondern z. B. als Frachtführer, Verfrachter (§ 412 Anm. III a, § 413 Anm. IV a) oder Lagerhalter (§ 407 Anm. II d) haftet. So selbst, wenn er z. B. das Gewerbe als Lagerhalter nur als Nebengewerbe betreibt (RG. 60 47). Doch ist bezüglich der Ansprüche gegen den Lagerhalter (§ 423) und Frachtführer (§§ 439, 470, Binnenschiffahrtsges. § 26) der § 414 mit geringen Maßgaben gleichfalls für anwendbar erklärt. Über Verjährung der Ansprüche gegen den Seeverfrachter bestimmt § 903 Nr. 2. Über Verjährung der Ansprüche des Speditörs gegen den Versender vgl. § 396 Anm. IV (§ 409 Anm. IV).

b. Verlust, Minderung, Beschädigung. Der § 414 betrifft alle derartigen Ansprüche, gleichgültig, in welcher näheren Weise sie begründet werden (ROH. 4 14). Unerheblich ist, ob Verlust, Minderung oder Beschädigung nach Übernahme des Guts aber vor Antritt der Reise, ob während der Reise, oder ob nach Ankunft am Bestimmungsort aber vor Ablieferung eingetreten sind (vgl. ROH. 12 136).

1. Verlust. Vgl. § 390 Anm. I a. Hierunter ist an dieser Stelle Vollverlust verstanden (§ 423 Satz 1 verglichen mit Satz 2), da der Teilverlust mit dem Wort „Minderung" besonders erwähnt ist. Ist ein einheitlicher Frachtbrief oder ein einheitliches Verfügungspapier über mehrere Stückgüter ausgestellt, und geht eins dieser Stückgüter verloren, so liegt darin nicht Teilverlust, sondern ein Vollverlust des verlorenen Stückguts (ROH. 11 35, 15 143).

2. Minderung. Dies ist gleichbedeutend mit Teilverlust. In Art. 386 ADH. lauteten die entsprechenden Worte: „wegen gänzlichen Verlusts oder wegen Verminderung". Was unter teilweisem „Verlust" verstanden, vgl. § 390 Anm. I a. Dem Fall des Teilverlusts entsprechend ist der Fall zu behandeln, daß nicht das im Verfügungspapier bezeichnete, sondern nur andersartiges Gut ausgeliefert werden kann (RG. 46 7). — Während „Minderung" in der Regel im Sinn eines Teilverlusts an Stoff gebraucht ist, wird in § 457 Abs. 2 der hiervon verschiedene Begriff einer „Minderung des Werts" verwendet.
3. Beschädigung. Vgl. § 390 Anm. I b. Über das Verhältnis von „Beschädigung" zu „Mangelhaftigkeit" vgl. § 388 Anm. I b 2.

c. **Verspätete Ablieferung.** Ablieferung vgl. § 377 Anm. III a. Hierunter ist nur die Ablieferung an den Empfänger, nicht auch die Ablieferung an den Frachtführer oder Verfrachter zu verstehen (dagegen Staub Anm. 5, Lehmann Nr. 7, Goldmann Nr. 8; abw. auch Düringer-Hachenburg Anm. II d, der den Zeitpunkt entscheidend läßt, bis zu welchem die Pflichten aus dem Speditionsvertrag fortdauern). Dem Versender kann es nur darauf ankommen, daß dem Empfänger rechtzeitig abgeliefert wird, eine verspätete Übergabe an den Beförderer kann unter Umständen durch spätere Beschleunigung ausgeglichen werden. Der Zeitpunkt der Ablieferung an den Beförderer wäre auch ungeeignet als Anfangspunkt einer Verjährungsfrist, denn erst, wenn demnächst dem Empfänger nicht rechtzeitig abgeliefert wird, also in der Regel geraume Zeit später, ist der Versender in der Lage, Kenntnis von der Verspätung zu erhalten. Endlich würde, da unter „Ablieferung" dasselbe in Abs. 1 wie in Abs. 2 verstanden werden muß, die gegenteilige Ansicht zu der gewiß nicht beabsichtigten Folgerung führen, daß auch die Verjährung wegen eines vor Übergabe an den Beförderer eingetretenen Verlusts bereits zu dem Zeitpunkt beginnt, zu welchem dem Beförderer hätte abgeliefert werden müssen. Vgl. auch unten Anm. II a 1. Unter Umständen allerdings kann nach Inhalt des Speditionsvertrags ein Frachtführer oder Verfrachter dem Speditör gegenüber Empfänger sein; in solchem Fall ist die Ablieferung an den Frachtführer oder Verfrachter entscheidend. — Nur die Ansprüche wegen verspäteter Ablieferung erwähnt § 414. Hierunter sind aber nicht nur die Ansprüche aus Verzögerung, sondern auch die Ansprüche aus Nichterfüllung begriffen. Denn der auf § 414 verweisende § 439, der gleichfalls nur Ansprüche aus „verspäteter Ablieferung" erwähnt, muß als alle in § 429 behandelten Ansprüche umfassend angesehen werden, § 429 aber erwähnt allgemein Ansprüche aus „Versäumung der Lieferzeit", und die Versäumung der Lieferzeit kann sowohl eine Folge von Verzögerung wie auch eine Folge von Nichterfüllung sein (§ 429 Anm. I b).

d. **Sonstige Ansprüche.** Ansprüche gegen den Speditör, die weder auf Verlust, Minderung, Beschädigung noch auf verspätete Ablieferung gestützt sind, fallen nicht unter § 414. Deren Verjährung richtet sich vielmehr nach den Vorschriften des BGB. In der Regel ist die Verjährung daher die dreißigjährige. So z. B. bezüglich des Anspruchs auf Rückgabe des Speditionsguts nach Widerruf oder Unmöglichkeit der Erfüllung des Speditionsvertrags. Ist der Speditionsvertrag Werkvertrag (§ 407 Anm. I b), so kommt für die Ansprüche auf Beseitigung eines Mangels der Spedition und auf Wandlung, Minderung oder Schadensersatz wegen Mangelhaftigkeit auch die sechsmonatliche Verjährung des BGB. §§ 638, 639 in Betracht (abweichend Lehmann 2 354 Note 1); indessen nur soweit die Sonderbestimmung des § 414 nicht eingreift.

II. **Verjährung der Angriffsrechte des Versenders.**

a. **Beginn der Verjährung (§ 414 Abs. 2).**

1. Ablieferung. Vgl. § 377 Anm. III a. Maßgebend ist die Ablieferung an den Empfänger (oben Anm. I c), selbst wenn Verlust, Minderung, Beschädigung oder Verspätung bereits vor Übergabe an den Frachtführer oder Verfrachter eingetreten waren. Nicht etwa beginnt die Verjährung zu anderer Zeit bezüglich derjenigen Ansprüche, die vor Übergabe an den Beförderer, als bezüglich derjenigen, die nachher entstanden waren. Auch Ansprüche letzterer Art können vorkommen (ROH. 12 136), z. B. wenn der Speditör nach Übergabe an den Beförderer das Gut widerrechtlich anhält, oder wenn die Minderung oder Beschädigung erst im Verlauf der Reise infolge einer vom Speditör unter Sorgfaltsverletzung gegebenen

Vorschrift über die Beförderungsart eintritt. Unerheblich ist, wann der Versender Kenntnis von den seinen Anspruch begründenden Tatsachen erhalten hat (Staub Anm. 6, Lehmann Nr. 11). — Maßgebend ist nicht notwendig derjenige Zeitpunkt, zu welchem etwa der Empfänger im Verhältnis zum Absender zur Untersuchung der Ware gemäß § 377 verpflichtet ist (z. B. wenn im Abgangshafen vor Verschiffung zu untersuchen, wie im Fall ROH. 15 126), sondern der Zeitpunkt der Ablieferung am Bestimmungsort (vgl. § 426 Anm. IIIb 4, § 430 Anm. IIb).

2. Bei Minderung oder Beschädigung beginnt die Verjährung mit dem Ablauf des Tags, an welchem die Ablieferung (oben zu 1) stattgefunden hat. Sie endet mithin mit dem Ablauf des Tags, der durch seine Zahl dem Ablieferungstag entspricht (BGB. §§ 187 Abs. 2, 188 Abs. 2, 3), und wenn dieser Tag ein Sonntag oder Feiertag ist, mit dem Ablaufe des nächstfolgenden Werktags (BGB. § 193). Auch der Anspruch wegen des verlorenen Teils des Speditionsguts beginnt also erst mit dem Tag nach Ablieferung des Rests, selbst wenn diese Ablieferung verspätet ist. — Solange die Ablieferung zwar versucht, aber — z. B. infolge Annahmeweigerung (§ 377 Anm. IIIa 2) — nicht ausgeführt ist, beginnt nicht die Verjährung (ROH. 17 80). Sie beginnt dann erst, wenn der Speditör dem Versender oder auf dessen Anweisung einem Dritten abgeliefert hat. Ebenso bei zulässiger Besitzentäußerung, z. B. durch Hinterlegung bei Verfügungssäumnis des Versenders. Ob die Minderung oder Beschädigung sofort erkennbar war, ist unerheblich (Staub Anm. 6).

3. Bei Verlust oder Verspätung beginnt die Verjährung mit dem Ablauf (vgl. oben zu 2) des Tags, an welchem die Ablieferung (oben zu 1) hätte bewirkt werden müssen (VerkOdg. § 91 Abs. 2: „mit dem Ablauf der Lieferfrist"). Maßgebend ist als Regel der Zeitpunkt (vgl. § 428) der Fälligkeit des Anspruchs auf Ablieferung, ohne Rücksicht darauf, ob Verzug vorliegt. Keine Fälligkeit tritt ein, solange die Beförderung, und infolgedessen auch die Ablieferung unmöglich ist (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. Ie); in diesem Fall tritt daher an die Stelle des Zeitpunkts der Fälligkeit derjenige Zeitpunkt, zu welchem die Ablieferung hätte erfolgen müssen, wenn die Unmöglichkeit nicht eingetreten wäre. Den Beginn der Verjährung muß beweisen, wer sich auf die Verjährung beruft (RG. 49 95). War kein bestimmter Tag der Ablieferung vereinbart, so ist der Zeitpunkt maßgebend, in welchem nach den Umständen des Einzelfalls die Ablieferung hätte geschehen müssen (RG. 49 95). Hatte der Versender noch keine bestimmte Weisung wegen Ablieferung gegeben, so ist spätestens der Tag maßgebend, an welchem abzuliefern gewesen wäre, wenn der Versender die Weisung gegegen hätte (RG. 49 95). Ist ein Anspruch wegen Verlusts oder Verspätung entstanden, und erfolgt demnächst dennoch Ablieferung des Guts, aber in gemindertem oder beschädigtem Zustand, so ist der Anspruch wegen Vollverlusts beseitigt; bezüglich des Anspruchs wegen Verspätung läuft die ursprüngliche Verjährungsfrist weiter, und bezüglich der Ansprüche wegen Teilverlusts oder Beschädigung beginnt mit der Ablieferung eine neue Verjährungsfrist.

b. **Dauer der Verjährung (§ 414 Abs. 1).** Sie beträgt ein Jahr. Durch Vertrag kann sie sowohl verkürzt (BGB. § 225, D. 245), wie auch verlängert (§ 414 Abs. 1 Satz 2) werden. Auch sonstige Erschwerung ist zulässig, jedoch nicht Ausschließung (Anhang zu § 377 Anm. XId 1; ebenso Staub Anm. 4). Hemmung und Unterbrechung richten sich nach den allgemeinen Vorschriften des BGB. §§ 202—217. Unterbrechung erfolgt daher z. B. durch Anstellung der Klage und durch Streitverkündung „in dem Prozesse, von dessen Ausgang der Anspruch abhängt" (BGB. § 209; wie die letzteren Worte auszulegen, vgl. Anhang zu § 377 Anm. Xc 3γ). Dagegen nicht durch bloße Anzeige. Auch nicht durch Antrag auf Beweisaufnahme zur Beweissicherung; die gegenteilige Bestimmung des BGB. §§ 639, 477 Abs. 2 greift nur in anderen als den in HGB. § 414 behandelten Fällen ein (oben Anm. Id). Die Einrede der Verjährung wird beseitigt durch den Nachweis, daß der Vertragsgegner durch Arglist die Unterbrechung der Verjährung verhindert hat, sei es, daß er die Absicht dieser Verhinderung hatte, sei es, daß er sich der Möglichkeit einer durch sein arglistiges Verhalten eintretenden Verhinderung der Unterbrechung nur bewußt war (RG. 26 X 06

JW. 735 [1]). — Der § 438 (Erlöschen der Ansprüche durch Annahme des Guts und Bezahlung der auf ihm haftenden Forderungen) ist nicht anwendbar auf die Ansprüche gegen den Speditör als solchen (§ 407 Anm. VI).

III. **Erlöschen der Verteidigungsrechte des Versenders (§ 414 Abs. 3).**

a. **Ist § 414 Abs. 3 auf die Aufrechnungseinrede zu beschränken?**

D. 246 bemerkt, der § 414 weiche ab von den „Vorschriften des Art. 46 des Berner Vertrags, wonach ein verjährter Anspruch auch im Wege der Einrede unter keinen Umständen geltend gemacht werden kann. Der Art. 386 ADH. bestimmt im Gegensatze hierzu, daß die Einreden wegen Verlusts, Verminderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Guts bestehen bleiben, wenn ... Daran hält der Entwurf im wesentlichen fest. Da die Ansprüche des Speditörs und des Frachtführers gegen den Absender oder Versender ... erst in zwei Jahren verjähren, so könnte es zu Härten führen, falls die demselben Rechtsverhältnisse entspringenden Einreden des Verpflichteten unbedingt schon nach einem Jahre verloren gingen ... Auch nach dem BGB. (§ 390) schließt die Verjährung einer Forderung die Aufrechnung mit ihr nicht aus, wenn die betreffende Forderung zu der Zeit, in der sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war. Dementsprechend gestattet der Entwurf.... eine Aufrechnung der betreffenden Ansprüche auch nach Vollendung der Verjährung; nur macht er, ebenso wie das ADH., die Zulässigkeit dieser Aufrechnung davon abhängig, daß ... Dies entspricht den Bestimmungen, welche nach § 478 BGB. für die Wahrung der Einreden ... gelten." Aus diesen Worten läßt sich nichts Sicheres für die Beantwortung der obigen Frage entnehmen. Denn einerseits deutet die Anknüpfung an BGB. § 390 darauf hin, daß § 414 Abs. 3 auf den Fall der Aufrechnung beschränkt bleiben sollte; da die Regel dann bereits im BGB. § 390 Satz 1 gegeben wäre, würde somit die Bedeutung des § 414 Abs. 3 nur darin liegen, daß er eine Ausnahme von der in BGB. § 390 Satz 2 verordneten Erhaltung der Aufrechnungseinrede für den Fall bestimmt, daß keine der drei in § 414 Abs. 3 erwähnten Maßnahmen vor Ablauf der Anspruchsverjährung vorgenommen ist. Andererseits sagt die Denkschrift, daß mit dem § 414 Abs. 3 im wesentlichen an der Bestimmung des Art. 386 ADH. festgehalten werden solle, die allgemein von Einreden spricht. Endlich scheint sie behaupten zu wollen, daß § 414 Abs. 3 (vielleicht nur die drei Mittel für Erhaltung der Einreden?) dem BGB. § 478 entspreche, während doch nur BGB. § 479 von „Aufrechnung", BGB. § 478 aber vom „Verweigern der Zahlung des Kaufpreises" handelt und letzterer Paragraph als über den von ihm unmittelbar erwähnten Fall hinausreichend ausgelegt werden muß (Anhang zu § 377 Anm. Xc 2).

An die Fassung des § 414 Abs. 3, die nach dem erwähnten widerspruchsvollen Inhalt der Denkschrift nicht als eine in ihrer vollen Tragweite beabsichtigte angesehen werden kann, wird man sich daher nicht klammern dürfen. Der § 414 Abs. 3 wird mithin wegen Gleichheit des gesetzgeberischen Grunds über den Fall der Aufrechnungseinrede hinaus entsprechend anzuwenden sein auf alle Einreden wegen Verlusts, Minderung, Beschädigung oder Ablieferungsverspätung (dagegen Lehmann Nr. 12; auch Düringer-Hachenburg Anm. Va, sachlich aber durch Anwendung von BGB. §§ 639, 478 zu gleichem Ergebnis, wie hier vertreten, kommend): nach Vollendung der Angriffsverjährung können auch diese Einreden (z. B. die Zurückbehaltungseinrede des nichterfüllten Vertrags) nur geltend gemacht werden, wenn vorher Anzeige erstattet, Beweissicherung beantragt oder Streit verkündet ist. Andererseits wird § 414 Abs. 3 sowohl für die Aufrechnungseinrede wie auch für alle übrigen Einreden zu beschränken sein auf den Fall der Geltendmachung dieser Einreden gegenüber den auf dasselbe einzelne Rechtsverhältnis gestützten Ansprüchen des Speditörs; dies ist vermutlich diejenige Einschränkung, die dem Verfasser des Gesetzentwurfs vorschwebte, als er nur den Fall der Aufrechnung erwähnte. Nur bei dieser Auslegung entspricht der § 414 Abs. 3 dem BGB. §§ 478, 479 (vgl. Anhang zu § 377 Anm. Xc). — Staub nimmt an, daß § 414 Abs. 3 nur auf den Fall der Aufrechnung Anwendung finde, daß aber auch die übrigen Einreden nicht erlöschen, weil „nach Abs. 1 nur selbständige Ansprüche ... der kurzen Verjährung unterliegen". Wenn hier, wie es scheint, unter „selbständige Ansprüche" die „Angriffs-

rechte" verstanden sind, so ist die Ansicht Staubs nicht mit der dem BGB. zu grund liegenden Anschauung (Planck[a] § 222 Anm. 1) zu vereinigen, daß an sich mit der Verjährung der Angriffsrechte auch den entsprechenden Einreden die Erwiderung der Verjährung entgegensteht. — Auf die einredeweise Aufrechnung einer Forderung, die nicht auf Verlust, Minderung, Beschädigung oder Ablieferungsverspätung gegründet ist, findet die Beschränkung des § 414 Abs. 3 keine Anwendung; vielmehr darf in solchem Fall die Aufrechnungseinrede selbst nach Verjährung der aufzurechnenden Forderung noch vorgebracht werden, wenn diese Forderung vor ihrer Verjährung aufrechenbar der nunmehr vom Speditör geltend gemachten Forderung gegenübergetreten war (BGB. § 383, Reindl EisenbEntsch. 21 321; abw. Epstein EisenbEntsch. 22 320).

b. **Voraussetzungen für die Erhaltung von Einreden und Verjährung der Angriffsrechte.** Es gilt entsprechendes wie nach BGB. §§ 478, 479. Vgl. daher Anhang zu § 377 Anm. X c 3. Die Absendung der Anzeige ist ausreichend, selbst wenn die Anzeige nicht ankommt (ROH. 19 155, § 377 Anm. VIb). Mündliche Anzeige genügt. Über das Verfahren bei Beweissicherung vgl. § 377 Anm. VIIIc. Der § 414 Abs. 3 braucht, abweichend von BGB. § 478, die unpersönliche Form „abgesendet worden ist," „beantragt oder ... verkündet wird". Lehmann Nr. 12 schließt hieraus, es sei gleichgültig, ob der Versender, der Empfänger oder ein Dritter die Anzeige erstatte. Dem wird nicht beizustimmen sein. Vermutlich ist die unpersönliche Form in Abs. 3 nur aus dem Grund gewählt, weil auch Abs. 1 nicht den Anspruchsberechtigten bezeichnet. Da es nicht angängig erscheint, an die Handlung eines Unbeteiligten die Wirkung einer Erhaltung der Einreden zu knüpfen, so wird der Anzeige, dem Beweissicherungsantrag und der Streitverkündung nur dann, wenn sie seitens des Anspruchsberechtigten oder seitens eines anderen in seinem Namen (BGB. §§ 164, 180) erfolgt, diese Wirkung beizulegen sein. Anspruchsberechtigt ist aber allein der Versender (oben Anm Ia; im Fall des § 439 unter Umständen auch der Empfänger).

IV. **Vorsätzliches Herbeiführen** der den Anspruch begründenden Tatsache seitens des Speditörs (**§ 414 Abs. 4**). D. 247 bemerkt: „Nach Art. 386 Abs. 4 ADH. findet die einjährige Verjährung in den Fällen des Betrugs oder der Veruntreuung des Speditörs keine Anwendung. Dagegen schließt der Berner Vertrag die einjährige Verjährung aus, wenn der Schaden durch eine Arglist oder durch grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn verursacht ist; zugleich sieht er aber für diese Fälle eine besondere dreijährige Verjährung vor. Der Entwurf folgt dem internationalen Recht insofern, als er die einjährige Verjährung in allen Fällen ausschließt, wenn der Speditör oder Frachtführer den Verlust, die Minderung, Beschädigung oder verspätete Ablieferung vorsätzlich herbeigeführt hat. Dagegen würde es zu weit gehen, dem Vorsatz in dieser Beziehung ohne weiteres die grobe Fahrlässigkeit gleichzustellen, und auch von der Einführung einer besonderen dreijährigen Verjährung für Ansprüche aus einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Handlungsweise des Speditörs oder Frachtführers wird abzusehen sein, da sich sonst eine allzu große Mannigfaltigkeit der Verjährungsfristen ergeben würde." Hiernach ist zwar nicht arglistiges, aber vorsätzliches Handeln erfordert; arglistiges Handeln allein ist auch nicht genügend, z. B. nicht arglistiges Verschweigen einer ohne Vorsatz herbeigeführten Beschädigung (Lehmann Nr. 13). Grobe Fahrlässigkeit genügt nicht (ROH. 12 137, 15 32). Für die Verjährung sowohl der Angriffs- wie der Verteidigungsrechte des Versenders sind in diesem Fall die Bestimmungen des BGB. (oben Anm. Id) maßgebend. Darüber, in welchem Umfang der Speditör den Vorsatz eines Vertreters oder einer Person, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, zu vertreten hat, bestimmt BGB. § 278; vgl. HGB. § 408 Anm. Ib. Der Gegner des Speditörs ist beweispflichtig bezüglich des Vorsatzes des letzteren (vgl. Anhang zu § 377 Anm. XIIb 3); doch findet eine Umkehrung der Beweislast statt, wenn der Speditör seinem Gegner die Beweisführung wesentlich erschwert oder unmöglich gemacht hat (vgl. Anhang zu § 377 Anm. XIIb 5).

§ 415.

Nicht-Gewerbsspeditör als Versendungsbesorger.

Die Vorschriften dieses Abschnitts kommen auch zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, der nicht Spediteur ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Güterversendung durch Frachtführer oder Verfrachter für Rechnung eines Anderen in eigenem Namen zu besorgen übernimmt.

ADH. Art. 388. **Entw. I** § 389. **Entw. II** § 407.

Der § 415 entspricht dem § 406 Abs. 1 Satz 2. Vgl. daher § 406 Anm. II.

Fünfter Abschnitt.

Lagergeschäft.

§ 416.

Lagerhalter.

Lagerhalter ist, wer gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt.

ADH. — **Entw. I** § 390. **Entw. II** § 408.

I. Verhältnis zum BGB.
 a. Verwahrungsvertrag.
 b. Vergütung für Aufbewahrung.
 c. Zu vertretender Sorgfaltsgrad.
 d. Hinterlegung bei Drittem.
 e. Änderung vereinbarten Aufbewahrungsorts.
 f. Ersatz von Aufwendungen.
 g. Schadenszufügung durch Lagergut.
 h. Rückforderungsrecht des Hinterlegers.
 i. Recht des Verwahrers auf Rücknahme.
 k. Ort der Rückgabe.
 l. Verwendung des Verwahrten zu eigenen Zwecken des Verwahrers.
 m. Fälligkeit der Vergütung.
 n. Unregelmäßige Verwahrung.
II. Begriff des Lagerhalters.
 a. Wer gewerbsmäßig.
 b. Lagerung und Aufbewahrung.
 c. Güter.
 d. Übernimmt.
III. Erfüllungsort.

I. **Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.** Neben den Vorschriften der §§ 416—424 kommen ergänzend die Vorschriften des BGB. über den Verwahrungsvertrag zur Anwendung (D. 247). Doch ist zu beachten, daß ein Verwahrungsvertrag im Sinn des BGB. erst vorliegt, wenn zur Einigung der Parteien die Übergabe der aufzubewahrenden Sache hinzugekommen ist (Planck[3] § 688 Anm. 2), während der Lagervertrag durch die bloße Einigung zustande kommt (unten Anm. II d).

a. **BGB. § 688. Begriffsbestimmung des Verwahrungsvertrags.** Der § 416 kennzeichnet das „Lagergeschäft" als eine Unterart der „Verwahrung", indem er die beiden Merkmale hinzufügt, daß der Unternehmer außer der Aufbewahrung auch die „Lagerung", und daß er beides „gewerbsmäßig" übernimmt.

b. **BGB. § 689. Vergütung für die Aufbewahrung.** Nicht anwendbar, sondern ersetzt durch HGB. § 420 Abs. 1.

c. **BGB. § 690. Zu vertretender Sorgfaltsgrad des Verwahrers.** Aus HGB. § 420 geht hervor, daß in §§ 416 ff. nur der entgeltliche Lagervertrag geregelt werden soll. Auf diesen ist daher der die Unentgeltlichkeit voraussetzende § 690 BGB. nicht anwendbar. Der vom Lagerhalter zu vertretende Sorgfaltsgrad ergibt sich aus den allgemeinen Bestimmungen BGB. §§ 276—279, HGB. § 347, und für Fälle von Verlust oder Beschädigung des

lagernden Guts aus HGB. §§ 390 Abs. 1, 417 Abs. 1. Über den Umfang der Fürsorgepflicht des Lagerhalters bei Aufbewahrung vgl. § 418 Anm. II. Über den Umfang seiner Verpflichtung zur Nachrichtserteilung an den Einlagerer vgl. § 417 Anm. I b 2.

d. **BGB. § 691. Hinterlegung bei Drittem.** Anwendbar. Hiernach darf der Lagerhalter im Zweifel nur bei *sich* lagern, d. h. in Räumen, deren unmittelbarer Besitzer er ist. Ist Gefahr im Verzug, so ist BGB. § 692 auch für die Einlagerung der Ware bei einem Dritten maßgebend. Die Übernahme der Besorgung einer Einlagerung bei einem Dritten ist kein Lagervertrag zwischen dem Einlagerer und dem Übernehmer; soll letzterer in eigenem Namen mit dem Dritten abschließen, so liegt ein Kommissionsvertrag (oder Nebenvertrag zu einem Speditionsvertrag) vor. Über Hinterlegung bei Drittem im Fall der Verfügungssäumnis des Einlagerers vgl. HGB. §§ 389, 417 Abs. 1.

e. **BGB. § 692. Änderung der vereinbarten Aufbewahrungsart.** Anwendbar. Die drohende Gefahr im Fall eines Aufschubs, die den Lagerhalter nach BGB. § 692 von vorheriger Anzeige an den Einlagerer entbindet, kann sowohl für den Einlagerer wie auch für den Lagerhalter bestehen (Düringer-Hachenburg Vorbem. II b vor § 416). Ist der Lagerhalter im Einzelfall zur Änderung berechtigt, so hat er Anspruch auf Ersatz der hierdurch entstehenden Kosten (Staub § 417 Anm. 9), außer wenn er den Grund, aus welchem die Änderung notwendig wurde, zu vertreten hat.

f. **BGB. § 693. Ersatz von Aufwendungen.** Nicht anwendbar, sondern ersetzt durch HBG. § 420.

g. **BGB. § 694. Haftung des Hinterlegers für den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer entstehenden Schaden.** Anwendbar.

h. **BGB. § 695. Rückforderungsrecht des Hinterlegers.** Anwendbar (D. 253). Vgl. § 422 Anm. II.

i. **BGB. § 696. Anspruch des Verwahrers auf Rücknahme des hinterlegten Gegenstands.** Nicht anwendbar, sondern ersetzt durch HGB. § 422.

k. **BGB. § 697. Ort der Rückgabe.** Anwendbar..

l. **BGB. § 698. Verwendung hinterlegten Gelds zu eigenen Zwecken.** Anwendbar, falls Geld als *Ware* eingelagert. Auf andere Fälle einer Hinterlegung von Geld sind die Bestimmungen des HGB. über das Lagergeschäft nicht anwendbar (unten Anm. II b 1).

m. **BGB. § 699. Fälligkeit der dem Verwahrer zu entrichtenden Vergütung.** Der Abs. 1 ist nicht anwendbar, sondern ersetzt durch HGB. § 420 Abs. 2 (§ 420 Anm. II b). Der Abs. 2 ist anwendbar (§ 420 Anm. I b 1).

n. **BGB. § 700. Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag.** Ein derartiges Rechtsgeschäft ist kein Lagervertrag (HGB. § 419 Abs. 3, unten Anm. II b 5).

II. **Begriff des Lagerhalters.**

a. **„Wer gewerbsmäßig."**

1. *Kaufmannseigenschaft des Lagerhalters.* Gewerbsmäßig vgl. § 1 Anm. II a. Da die Geschäfte der Lagerhalter Handelsgrundgeschäfte sind (§ 1 Nr. 6), so ist der Lagerhalter stets Kaufmann (§ 1 Abs. 1). Nicht ausgeschlossen ist, daß er nur Minderkaufmann (§ 4) ist (D. 249).

2. *Lagerungsgewerbe erforderlich.* Die §§ 416—424 gelten nur für Lagerverträge, bei denen der Übernehmer ein Lagerhalter ist, nach § 417 also nur, wenn das Gewerbe des Übernehmers in der Lagerung und Aufbewahrung von Gütern besteht. Daß dies der *einzige* Gewerbezweig des Übernehmers sei, ist nicht notwendig. So ist z. B. häufig der Lagerungsbetrieb mit dem Speditörbetrieb vereinigt (D. 247); dann hat der „Speditör, der gewerbsmäßig zugleich Verträge über die Lagerung von Gütern in seinen Aufbewahrungsräumen abschließt, insoweit die Rechte und Pflichten eines Lagerhalters" (D. 249). „Insoweit", d. h. soweit *selbständige Lagerverträge* vorliegen; anderenfalls vgl. unten Anm. II b 2, § 407 Anm. II d 2. — Dagegen sind die §§ 416—424 nicht anwendbar, vielmehr kommen die Bestimmungen des BGB. §§ 688 ff. zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, der nicht Lagerhalter ist, im Betrieb seines Handelsgewerbes gelegentlich einen Vertrag über die Lagerung einer Ware schließt; der für das

vereinzelte Kommissions- oder Speditionsgeschäft eines Kaufmanns in den §§ 406 Abs. 1 Satz 2, 415 anerkannte Grundsatz ist auf das Lagergeschäft nicht ausgedehnt (D. 249).

3. Zolllager. Auf die Lagerung von Waren in den Lagerräumen der Zollverwaltungen finden die §§ 416—424 schon aus dem Grund nicht Anwendung, weil hier ein gewerbsmäßiger Betrieb nicht in Frage kommt (D. 249; vgl. § 1 Anm. IIa 1). Die Rechtsverhältnisse bezüglich der Lagerung von Waren in den Zollniederlagen (allgemeinen, beschränkten und freien) sind überdies durch die §§ 97—107 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869 näher geregelt, und diese Vorschriften werden nach EGHGB. Art. 2 Abs. 2 durch das HGB. nicht berührt (D. 249). Auf Privatzollager sind dagegen §§ 416—424 anwendbar, insoweit nicht die Sonderbestimmungen des Vereinszollgesetzes § 108 in der Fassung des G. 18 IV 89 (RGBl. 53) eingreifen (vgl. Lehmann Nr. 1).

b. **Lagerung und Aufbewahrung.**

1. Auf beides **zusammen** muß das Gewerbe gerichtet sein. Kein Lagervertrag liegt mithin vor, wenn jemand nur Lagerung in seinen Räumen gestattet, ohne auch Aufbewahrung (§ 418 Anm. II) zu übernehmen; ein Vertrag dieses Inhalts ist vielmehr ein Mietsvertrag. Andererseits ist auch derjenige Vertrag kein Lagervertrag, bei dem nur Aufbewahrung, nicht aber Lagerung übernommen wird, dessen Gegenstand mit anderen Worten (vgl. D. 249) dem Lagerhausbetrieb fremd ist. So z. B. ein Vertrag über Einstellung lebender Tiere (D. 249; dagegen Sendpiehl EisenbEntsch. 22 111); indessen wird im Fall einer Einstellung in verschlossenen Behältnissen (Käfig, Faß) Lagervertrag angenommen werden können (Düringer-Hachenburg Anm. I 3). Ebenso ist kein Lagervertrag ein Vertrag über Hinterlegung von Geld und Wertpapieren (D. 249), und zwar gleichgültig, ob der Verwahrer alleinigen unmittelbaren Besitz oder (wie bei der üblichen Verwahrung in entgeltlich eingeräumten Stahlkammern) nur unmittelbaren Mitbesitz erhält. Anders jedoch, wenn im Einzelfall das Geld nicht als Münze, sondern als Ware (d. h. als Metall) oder die Wertpapiere nicht als Träger der Forderung, sondern als Stücke Papier (z. B. vor Inverkehrsetzung oder nach Kraftloserklärung) in Betracht kommen. Von Lagerung kann auch gesprochen werden mit Bezug auf Güter, die im Verhältnis zu ihrem Wert nur geringen Umfang haben, z. B. mit Bezug auf Kostbarkeiten (Staub Anm. 10, Schetelich Lagergeschäft 27; dagegen CosackHR. § 101 I). Auch mit Bezug auf einzelne Kleidungsstücke, z. B. gewerbsmäßige Verwahrung von Pelzen (Staub Anm. 10, Düringer-Hachenburg Anm. I 2, Schetelich Lagergeschäft 28; dagegen CosackHR. § 101 I), und auf unverpackte Flüssigkeiten (D. 250, § 419 Abs. 1). Überhaupt mit Bezug auf alle leblosen Waren (Staub Anm. 10). Für die Verwahrung unverschlossener Wertpapiere durch Vollkaufleute ist das Aufbewahrungsgesetz 5 VII 96 maßgebend. Über die Unterscheidung zwischen Verwaltungs-, Summen-, Sammel- und Kautionsdepot vgl. unten § 419 Anm. II, Düringer-Hachenburg Vorbem. III vor § 416.

2. Selbständiger Gegenstand des Vertrags muß die Lagerung und Aufbewahrung sein. Ist dies nicht der Fall, sondern findet die Lagerung und Aufbewahrung nur in Ausführung eines anderen Geschäfts, namentlich einer Kommission, einer Spedition oder eines Frachtgeschäfts statt, so kommen nicht die besonderen Vorschriften über das Lagergeschäft, sondern diejenigen Grundsätze zur Anwendung, die für das betreffende Hauptgeschäft maßgebend sind (D. 249, Kommission: § 390 Anm. II b, Spedition: § 407 Anm. II d 2, Frachtvertrag: § 425 Anm. II e 5). Ein Lagervertrag liegt z. B. vor, wenn die Lagerung und Aufbewahrung der dem Schiff entnommenen Ware die Hauptleistung und die Beförderung der Ware vom Schiff zum Lagerraum nur Nebenleistung ist (RG. 11 XII 01 JW. 02 79[12]). Ebenso, wenn das einem Speditör zur Versendungsbesorgung übergebene Gut nach Annahmeweigerung des Empfängers bei dem Speditör oder anderswo auf Lager gegeben wird (ROH. 24 306). Bei der Eisenbahnbeförderung bildet einen Teil des Frachtvertrags die einstweilige Verwahrung vor Beförderung: bei allmählicher Auslieferung oder Beanstandung des Frachtbriefs gemäß VerkO. § 56, oder nach Beförderung: während lagergeldfreier Zeit gemäß VerkO. § 33 Abs. 3 oder § 69 Abs. 5 (Sendpiehl EisenbEntsch. 21 323), dagegen erfolgt auf Grund selbständigen Verwahrungsvertrags die Verwahrung infolge Ablieferungs-

hindernisses gemäß VerkO. § 70 Abs. 2 (Senckpiehl EisenbEntsch. 22 107), infolge Beförderungshindernisses gemäß VerkO. § 55 Abs. 2 (Senckpiehl EisenbEntsch. 22 107, Coermann EisenbEntsch. 22 325), oder (vgl. jedoch unten zu 4) bei Handgepäck gemäß VerkO. § 38 (Senckpiehl EisenbEntsch. 22 107). Ob in den letzteren Fällen gemeinbürgerlicher Verwahrungsvertrag (so Gorden EisenbEntsch. 22 312) oder — soweit der Gegenstand des Guts dies nicht ausschließt — Lagervertrag (so Senckpiehl EisenbEntsch. 22 107) vorliegt, hängt davon ab, ob auf derartige Verwahrungen das Gewerbe des Bahnunternehmers mit gerichtet ist, was für den Fall der §§ 38 und 70 Abs. 2 und wohl auch für den Fall des § 55 Abs. 2 zu bejahen ist. — Unerheblich ist, ob der Lagerhalter in eigenen Räumen oder für eigene Rechnung bei einem Dritten lagert (RG. 60 47).

3. Ort der Lagerung. Nicht notwendig in „Lagerhäusern" oder „Warenspeichern" muß die Lagerung beabsichtigt sein. Die Aufnahme einer solchen Beschränkung wurde schon wegen Unbestimmtheit jener Begriffe als nicht zweckmäßig erachtet; unter Umständen werde z. B. zweifelhaft sein, ob die Lagerräume eines Spediteurs als ein Lagerhaus oder Warenspeicher bezeichnet werden können (D. 249).

4. Längere Dauer? Daß eine solche beabsichtigt sein muß, folgt weder aus dem Begriff der „Lagerung und Aufbewahrung" noch aus sonstigen Bestimmungen dieses Abschnitts (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. I2, Goldmann Nr. 9, Senckpiehl EisenbEntsch. 22 110; dagegen CosackHR. § 101 I, Staub Anm. 9, Gorden EisenbEntsch. 22 318, Schetelich Lagergeschäft 30). Daher kann auch die Aufbewahrung von Handgepäck, wenn im Einzelfall ein Gewerbebetrieb vorliegt, Lagergeschäft sein (ebenso Senckpiehl EisenbEntsch. 22 113; dagegen CosackHR. § 101 I, Staub Anm. 9). Allerdings scheint die Eisenbahnverkehrsordnung im Gegensatz zu dem vorstehend Vertretenen vorauszusetzen, daß in solchem Fall nur die Bestimmungen des BGB. zur Anwendung kommen, denn ihr § 38 lautet:

> „Auf größeren Stationen müssen Einrichtungen bestehen, welche es dem Reisenden ermöglichen, sein Gepäck gegen eine festgesetzte Gebühr zur vorübergehenden Aufbewahrung niederzulegen. Die Verwaltung haftet in diesem Falle als Verwahrer."

Über die Frage, ob die Eisenbahn diese Haftung ausschließen oder beschränken kann, vgl. Rundnagel EisenbEntsch. 18 275.

5. Nicht auf Grund unregelmäßigen Verwahrungsvertrags. Ist das Gut in der Art hinterlegt, daß das Eigentum auf den Lagerhalter übergehen und dieser nur verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden nicht die §§ 416—424 (§ 419 Abs. 3), sondern es findet BGB. § 700 Anwendung (oben Anm. Ia, D. 251), für den Fall aufzubewahrender Wertpapiere ergänzt durch AufbewahrungsG. § 2.

c. **Güter.** An sich ist auch im Abschnitt über das Lagergeschäft der Begriff des „Guts" kein anderer als in den Abschnitten über das Kommissionsgeschäft und Speditionsgeschäft. Vgl. daher über diesen Begriff § 388 Anm. Ia 1, § 397 Anm. Ia, § 407 Anm. IIb. Eine Beschränkung ergibt sich indessen für das Lagergeschäft daraus, daß nicht bei jedem „Gut" eine „Lagerung" vorkommen kann, mithin nicht aus dem Begriff des „Guts", sondern aus dem Begriff der „Lagerung". Über die Frage, wie weit diese Beschränkung reicht, vgl. oben Anm. IIb 1.

d. **Übernimmt.** Vgl. § 383 Anm. VId. Der Lagervertrag wird daher abgeschlossen durch die Übernahme der Verpflichtung zur Lagerung und Aufbewahrung, gleichgültig ob zur Zeit des Vertragsabschlusses der Lagerhalter bereits den Besitz am Gut erworben hat (vgl. z. B. §§ 388 Abs. 1, 417 Abs. 1; ebenso Düringer-Hachenburg Anm. I3; dagegen Lehmann Nr. 3, Schetelich Lagergeschäft 37; über den Verwahrungsvertrag des BGB. vgl. oben Anm. I). Die Übernahme kann auch durch Nichtbeantwortung des Antrags erfolgen, der dem Lagerhalter von jemand zugeht, mit dem er in Geschäftsverbindung steht oder dem gegenüber er sich zu Lagerung und Aufbewahrung erboten hat (§ 362 Anm. IIa 3, ebenso Lehmann Nr. 3, Düringer-Hachenburg Vorbem. II vor § 416; dagegen Staub Anm. 6). Dagegen ist nicht Lagerhalter, wer zwar gewerbsmäßig, aber nicht auf Grund übernommener Verpflichtung lagert (§ 425 Anm. IIc), z. B. nicht die Beförderungsanstalt als Verwalterin der Lagerstelle

gefundener Gegenstände. — Unerheblich ist, ob der Einlagerer Kaufmann ist oder nicht. Über den Fall, daß der Einlagerer für fremde Rechnung einlagert, vgl. § 421 Anm. V.

III. **Erfüllungsort.** Für die Verpflichtung des Lagerhalters ist Erfüllungsort der vereinbarte Lagerungsort, weil dies „aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen" (BGB. § 269 Abs. 1) ist. Ebenso für die Rücknahmepflicht des Einlagerers (BGB. § 697), außer wenn nach dem Vertrag die Rücknahme an einem anderen als dem Lagerungsort stattzufinden hat. Dagegen wurde angenommen, daß für die Zahlungspflicht des Einlagerers (trotzdem er Rückgabe nur Zug um Zug gegen Zahlung verlangen kann; vgl. Anhang zu § 377 Anm. IV g 2) dessen Niederlassungs- oder Wohnsitz bei Vertragsabschluß der Erfüllungsort sei (OLG. Karlsruhe 14 V 01 OLGRspr. 3 43, RG. 11 XII 01 JW. 02 80[12]).

§ 417.

Empfangnahme, Aufbewahrung, Versicherung.

Auf die Rechte und Pflichten des Lagerhalters in Ansehung der Empfangnahme, Aufbewahrung und Versicherung des Gutes finden die für den Kommissionär geltenden Vorschriften der §§ 388 bis 390 Anwendung.

Treten Veränderungen an dem Gute ein, welche dessen Entwerthung befürchten lassen, so hat der Lagerhalter den Einlagerer hiervon unverzüglich zu benachrichtigen. Versäumt er dies, so hat er den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

ADH. — **Entw. I** § 391. **Entw. II** § 409.

I. **Beschädigung, Mangelhaftigkeit, Drohen von Verderb oder Entwertung.**

a. **Der § 388 findet Anwendung.** Vgl. daher die Anmerkungen zum § 388. Auch für das Speditionsgeschäft ist die Anwendbarkeit des § 388 vorgeschrieben (§ 407 Anm. III f).

b. **Benachrichtigung von drohender Entwertung** (§ 417 Abs. 2).

1. Eintreten von Veränderungen an dem Gut, welche dessen Entwertung befürchten lassen. Vgl. § 388 Anm. II b 2. Trotzdem in § 417 Abs. 2 das im § 388 Abs. 2 gebrauchte Wort „später" ausgelassen ist, bleibt der Sinn der gleiche. Denn bereits durch das Wort „eintreten" ist genügend zum Ausdruck gebracht, daß nur ein Ereignis, das zeitlich der Einlagerung nachfolgt, zu berücksichtigen ist. Der § 388 Abs. 2 (Recht zum Verkauf des Guts) kommt auch im Fall drohender Entwertung neben § 417 Abs. 2 zur Anwendung (oben Anm. I a, Düringer-Hachenburg I 1; dagegen Burchard EisenbEntsch. 16 289). — Abweichend vom Kommissionär (§ 388 Anm. II d) hat der Lagerhalter auch bei Gefahr im Verzug keine Verkaufspflicht (Staub Anm. 2), sondern nur eine innerhalb der Grenzen einer Aufbewahrung bleibende Fürsorgepflicht (§ 418 Anm. II); er hat keine so allgemeine Pflicht, das Interesse des Auftraggebers wahrzunehmen, wie der Kommissionär, und steht auch, da er nur mit einer einzelnen engbegrenzten Tätigkeit beauftragt ist, dem Auftraggeber nicht so frei in der Auswahl der zweckdienlichen Maßnahmen gegenüber.

2. Benachrichtigungspflicht des Einlagerers. Für das Lagergeschäft fehlt es — abweichend von den für das Kommissions- und Speditionsgeschäft geltenden Vorschriften (§ 384 Anm. IV, § 407 Anm. III b 2) — an einer allgemeinen Bestimmung, daß der Lagerhalter dem Einlagerer die erforderlichen Nachrichten zu geben hat. Dennoch besteht eine solche Pflicht innerhalb der verkehrsüblichen Grenzen (BGB. §§ 157, 242). So setzt D. 254 eine solche Benachrichtigungspflicht für den Fall eines Verlusts des Lagerguts während der Lagerung voraus. Ferner sind in BGB. § 692 eine Anzeige vor Änderung der Aufbewahrungsart (§ 416 Anm. I e) und in §§ 388, 389 (417 Abs. 1) Anzeigen bei Ablieferung mangelhaften oder beschädigten Guts und bei Verkauf des Guts vorgeschrieben. Der § 417 Abs. 2 ferner erkennt die Benachrichtigungspflicht für den Fall drohender Entwertung ausdrücklich an. Diese Benachrichtigungspflicht besteht daher auch dann, wenn der

Lagerhalter nicht von dem Verkaufsrecht Gebrauch machen will; andererseits wird ihm durch die Benachrichtigungspflicht nicht das Verkaufsrecht genommen. Unverzüglich = ohne schuldhaftes Zögern (BGB. § 121). Schuldhaftes Zögern liegt aber vor, wenn infolge mangelhafter Aufsichtsausübung der Lagerhalter erst zu spät von den Veränderungen am Gut Kenntnis erhält.

3. Folge der Unterlassung ist Schadensersatzpflicht. Trotz der allgemeinen Fassung des § 417 Abs. 2 Satz 2 nur im Verhältnis zum Einlagerer; eine etwaige Schadensersatzpflicht gegenüber dritten Personen, z. B. gegenüber anderen Einlagerern, auf deren Güter die Entwertung sich fortpflanzt, kann nicht auf § 417 Abs. 2, sondern nur auf die allgemeine Sorgfaltspflicht des Lagerhalters gegenüber jenen Dritten oder unter Umständen auf außervertragliche Schädigung gestützt werden. Der Lagerhalter hat nach § 417 Abs. 2 denjenigen Schaden zu ersetzen, der infolge seiner schuldhaften Zögerung dem Einlagerer erwachsen ist. Namentlich also den Betrag der fortschreitenden Entwertung zwischen dem Zeitpunkt, zu welchem der Einlagerer bei rechtzeitiger Benachrichtigung, und demjenigen Zeitpunkt, zu welchem er bei verspäteter Benachrichtigung handeln konnte. Hierbei ist bis zum Gegenbeweis vorauszusetzen, daß bei rechtzeitiger Benachrichtigung der Einlagerer unverzüglich gehandelt hätte. Auch sonst folgt eine Erleichterung der Beweisführung des Einlagerers aus § 390 Abs. 1 (§ 417 Abs. 1); der Lagerhalter wird seinerseits zu beweisen haben, daß bei Ausübung ordnungsmäßiger Aufsicht nicht früher, als geschehen ist, Anzeichen der drohenden Entwertung zu entdecken waren. — Der § 417 Abs. 2 Satz 2 sagt nicht, daß wenn Benachrichtigung erfolgt, keine Schadensersatzpflicht vorkommen kann. Vielmehr bleibt der Lagerhalter verpflichtet, bei Gefahr im Verzug in dem nach Verkehrsübung in der Aufbewahrungspflicht liegenden Umfang (§ 418 Anm. II) für Schadensabwendung während der Zwischenzeit bis zu dem Zeitpunkt zu sorgen, zu welchem der Einlagerer auf Grund der erhaltenen Benachrichtigung seinerseits Verfügung zu treffen in der Lage ist.

II. **Verfügungssäumnis des Einlagerers.** Vgl. § 389 Anm. I—III, § 407 Anm. III g. Eine Verpflichtung des Einlagerers zur Verfügung besteht z. B., wenn der Zeitpunkt eingetreten ist, zu welchem nach § 421 der Einlagerer zur Rücknahme verpflichtet ist.

III. **Haftung des Lagerhalters für Verlust und Beschädigung.** Vgl. § 389 Anm. I—III, § 407 Anm. III h. Das HGB. wollte nicht so weit gehen, den Lagerhalter für jeden Schaden haften zu lassen, der nicht durch höhere Gewalt verursacht ist.

IV. **Versicherung.** Vgl. § 390 Anm. IV, § 407 Anm. III h.

V. **Hinterlegung bei Drittem.** Vgl. § 416 Anm. I d.

VI. **Änderung der vereinbarten Aufbewahrungsart.** Vgl. § 416 Anm. I e.

VII. **Abweichende Vereinbarungen** sind zulässig sowohl im Sinn einer Erleichterung der Haftung des Lagerhalters, wie auch im Sinn einer Verschärfung seiner Haftung und (§ 418 Anm. II) einer Erweiterung des Kreises der von ihm vorzunehmenden Tätigkeiten.

§ 418.

Besichtigung, Probenziehung, Erhaltung.

Der Lagerhalter hat dem Einlagerer die Besichtigung des Gutes, die Entnahme von Proben und die zur Erhaltung des Gutes nothwendigen Handlungen während der Geschäftsstunden zu gestatten.

ADH. — **Entw. I** § 392. **Entw. II** § 410.

I. **Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.** Die Bestimmungen des § 418 sind ausdrücklich gegeben, weil es zweifelhaft sein könne, ob dasselbe auch ohnedies (§ 416 Anm. I) bereits nach gemeinbürgerlichem Recht gelten würde (D. 250).

II. **Inhalt der Aufbewahrungspflicht des Lagerhalters.** Sie beschränkt sich im wesentlichen auf Verhütung einer Beschädigung durch äußere Einwirkungen (z. B. Diebstahl, Brand, Nässe,

Mäuseschaden) und auf Beobachtung etwaiger äußerlich erkennbarer auf äußeren oder inneren Vorgängen beruhenden Veränderungen am Gut. Er hat dagegen keine allgemeine Verpflichtung zur Vornahme der zur Erhaltung des Guts notwendigen Arbeiten (D. 250). Seine Verantwortlichkeit ist vielmehr darauf beschränkt, daß er, wenn Veränderungen am Gut eintreten, die dessen Verderb befürchten lassen, dem Einlagerer hiervon unverzüglich Kenntnis gibt und ihm dann das weitere überläßt (D. 250). „Inwieweit der Lagerhalter bei Gefahr im Verzug auch verpflichtet ist, das unmittelbar Notwendige einstweilen selbst zu veranlassen, muß für den einzelnen Fall unter Berücksichtigung der nach den Umständen an die Sorgfalt des Lagerhalters zu stellenden Anforderungen entschieden werden" (D. 250). Insbesondere hat er selbst bei Gefahr im Verzug keine Verkaufspflicht (§ 417 Anm. I b 1). Über sein Recht zur Änderung der vereinbarten Aufbewahrungsart bei Gefahr im Verzug vgl. § 407 Anm. I e. „Selbstverständlich bleibt es dem Lagerhalter überlassen, durch Vereinbarung mit dem Einlagerer weitergehende Verpflichtungen bezüglich der Sorge für die Erhaltung der bei ihm gelagerten Güter zu übernehmen" (D. 250). Auch kann eine hierauf bezügliche Verkehrssitte in Frage kommen (§ 346 Anm. I d). — Daß zur Aufbewahrung auch die Besitzergreifung am aufzubewahrenden Gegenstand gehöre, ist vorausgesetzt in §§ 421, 424. Doch genügt Erwerb mittelbaren Besitzes (§ 424 Anm. I b; dagegen Staub § 416 Anm. 7).

III. **Rechte des Einlagerers.**

a. **„Dem Einlagerer."** Nicht nur dem Einlagerer für seine Person, sondern auch den die Ermächtigung des Einlagerers nachweisenden Angestellten und Vertretern des Einlagerers ist der Zutritt und die Vornahme der betreffenden Handlung zu gestatten. Ebenso auch sonstigen seine Ermächtigung nachweisenden Personen, z. B. Sachverständigen (vgl. § 118 Anm. II c 3) oder Kauflustigen, jedoch wohl nur, wenn sie in Begleitung des Einlagerers oder seines Angestellten oder Vertreters erscheinen; denn dem Lagerhalter ist nicht eine Beaufsichtigung dieser Personen zuzumuten. Überhaupt wird dem Lagerhalter das Recht zuzugestehen sein, allen denjenigen Personen, außer dem Einlagerer selbst, den Zutritt oder die Vornahme der betreffenden Handlung zu versagen, bezüglich deren eine Tatsache vorliegt, die ihre Zuverlässigkeit mit Rücksicht auf die Interessen des Lagerhalters oder anderer Einlagerer zweifelhaft erscheinen läßt. Dem Einlagerer gleich steht sein Rechtsnachfolger; insbesondere auch der nach Inhalt eines Verfügungspapier-Lagerscheins berechtigte Inhaber des letzteren (Simonson in ZHR. 45 563). Fügt eine der infolge Ermächtigung des Einlagerers zugelassenen Personen dem Lagerhalter oder einem Dritten Schaden zu, so haftet der Einlagerer im Verhältnis zum Lagerhalter gemäß BGB. § 278 (dagegen Lehmann Nr. 3), im Verhältnis zu Dritten gemäß BGB. § 831.

b. **Die einzelnen Rechte.**

1. Besichtigung des Guts. Einbegriffen ist das Auseinandernehmen oder Auspacken, insoweit dies zu einer genügenden Besichtigung erforderlich ist. Längere Kaufverhandlungen an Ort und Stelle brauchen vom Lagerhalter nicht gestattet zu werden (Düringer-Hachenburg Anm. II 2).
2. Entnahme von Proben. Die Entnahme von Proben enthält eine teilweise Rücknahme des Guts; ist daher die entnommene Probe so umfangreich, daß das auf dem Lager verbleibende Gut nicht zur Sicherung des Lagerhalters ausreicht, so ist § 420 Abs. 2 anwendbar.
3. Die zur Erhaltung des Guts notwendigen Handlungen. Hierher können gehören z. B. Lüftung, Trocknung, Anfeuchtung, Auffüllung, Umpackung, Reinigung, Bearbeitung, Klopfen. Jedoch nur in den Grenzen der Erhaltung; nicht auch Handlungen, die zwecks Werterhöhung vorgenommen werden (Lehmann Nr. 3). Der Lagerhalter hat in der Regel keine Verpflichtung, seinerseits diese Handlungen vorzunehmen (oben Anm. II). In den Räumen des Lagerhalters darf der Einlagerer sie vornehmen (D. 250). Durch Vertrag kann das Recht des Einlagerers auf Vornahme jener Handlungen beschränkt werden (D. 250).

c. **Während der Geschäftsstunden.** Vgl. § 358 Anm. II, V.

d. **Folge einer Verletzung der Rechte des Einlagerers** ist Schadensersatzpflicht des Lagerhalters,

wenn dieser im Einzelfall die Verletzung zu vertreten hat (BGB. §§ 276 ff.). Düringer-Hachenburg Anm. II 5 erachten eine „positive Vertragsverletzung“ als vorliegend und gewähren deshalb auch ein Rücktrittsrecht in entsprechender Anwendung des BGB. § 326; indessen handelt es sich wohl nicht um tätliches Zuwiderhandeln, sondern um Unterlassen, so daß nur Leistungsverzug mit einem Teil der Leistung in Frage kommen könnte. Ob bei Leistungsverzug mit einer Nebenleistung ein Rücktrittsrecht besteht, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IX c, d.

§ 419.

Vermischung mit anderen Sachen.

Im Falle der Lagerung vertretbarer Sachen ist der Lagerhalter zu ihrer Vermischung mit anderen Sachen von gleicher Art und Güte nur befugt, wenn ihm dies ausdrücklich gestattet ist.

Der Lagerhalter erwirbt auch in diesem Falle nicht das Eigenthum des Gutes; aus dem durch die Vermischung entstandenen Gesammtvorrathe kann er jedem Einlagerer den ihm gebührenden Antheil ausliefern, ohne daß er hierzu der Genehmigung der übrigen Betheiligten bedarf.

Ist das Gut in der Art hinterlegt, daß das Eigenthum auf den Lagerhalter übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden die Vorschriften dieses Abschnitts keine Anwendung.

ADH. — **Entw. I** § 393. **Entw. II** § 411.

I. Vertretbare Sachen.
II. Gestattung der Vermischung.
III. Rechtsfolge gestatteter Vermischung.
IV. Rechtsfolge nicht gestatteter Vermischung.
V. Unregelmäßige Verwahrung.

I. **Vertretbare Sachen.** Vgl. § 381 Anm. II b 1. Eine Abrede des in § 419 Abs. 1 erwähnten Inhalts ist an einzelnen deutschen Plätzen insbesondere bei Lagerung von Spiritus und Petroleum, im Ausland auch bei anderen Warengattungen, die nach bestimmten Typen gehandelt werden, üblich (D. 250).

II. **Ausdrückliche Gestattung der Vermischung.** Zum Unterschied von dem Regelfall der „Sonderlagerung“ wird der Fall des § 419 Abs. 1, 2 als „Sammellagerung“, der Fall des § 419 Abs. 3 als „Summenlagerung“ oder „Mengenlagerung“ bezeichnet.

a. **„Ausdrücklich“** bildet den Gegensatz zu „stillschweigend“. Auch mündliche Gestattung genügt. Nicht notwendig braucht für das einzelne Geschäft die Gestattung besonders ausgesprochen zu sein, sie kann vielmehr im voraus für alle künftigen Geschäfte erfolgen. Auch eine erst nach erfolgter Einlagerung erteilte Erlaubnis ist ausreichend; sogar eine erst nach erfolgter Vermischung erklärte Genehmigung. Alle beteiligten Einlagerer müssen die Erlaubnis erteilt haben. Ist keine ausdrückliche Gestattung erfolgt, so ist auch bei der Lagerung vertretbarer Sachen davon auszugehen, daß nach der Absicht der Parteien der Lagerhalter verpflichtet sein soll, die eingelieferte Ware abgesondert von anderen Waren aufzubewahren und sie so, wie er sie empfangen, zurückzugeben (D. 250).

b. **Vermischung mit anderen Sachen von gleicher Art und Güte.** Nur zur Vermischung mit Waren dieser Beschaffenheit wird in der Regel die Erlaubnis erteilt werden. Aber auch, wenn ausnahmsweise der Kreis nicht so eng gezogen ist (z. B. Waren, die trotz etwas verschiedener Beschaffenheit doch Handelsgut derselben Art sind), finden die Bestimmungen des § 419 Anwendung; die Worte „von gleicher Art und Güte“ sind daher überflüssig. Der Vermischung steht die Vermengung gleich (vgl. BGB. § 948). Dagegen ist von der Gestattung der Vermischung der in § 419 Abs. 3 behandelte Fall des unregelmäßigen Verwahrungsvertrags verschieden; und zwar darin, daß in ersterem Fall der Gestattende sich ein anteiliges Eigentum bewahren, im zweiten Fall dagegen sein Eigentum ganz aufgeben will.

III. **Rechtsfolge einer gestatteten Vermischung.** Nicht durch den Vertrag, sondern erst durch die Vermischung treten diese Folgen ein.

a. **Miteigentum der Einlagerer und Rechte Dritter.** Hierüber bestimmt

BGB. § 947. „Werden bewegliche Sachen mit einander dergestalt verbunden, daß sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, so werden die bisherigen Eigentümer Miteigentümer dieser Sache; die Anteile bestimmen sich nach dem Verhältnisse des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Verbindung haben.

Ist eine der Sachen als die Hauptsache anzusehen, so erwirbt ihr Eigentümer das Alleineigentum."

BGB. § 948. „Werden bewegliche Sachen mit einander untrennbar vermischt oder vermengt, so finden die Vorschriften des § 947 entsprechende Anwendung.

Der Untrennbarkeit steht es gleich, wenn die Trennung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde."

BGB. § 949. „Erlischt nach den §§ 946 bis 948 das Eigentum an einer Sache, so erlöschen auch die sonstigen an der Sache bestehenden Rechte. Erwirbt der Eigentümer der belasteten Sache Miteigentum, so bestehen die Rechte an dem Anteile fort, der an die Stelle der Sache tritt. Wird der Eigentümer der belasteten Sache Alleineigentümer, so erstrecken sich die Rechte auf die hinzutretende Sache."

Über ein Pfandrecht am Anteil eines Miteigentümers vgl. BGB. 1258. Über das Recht jedes Einlagerers, über seinen Anteil zu verfügen, vgl. BGB. § 747.

b. **Kein Eigentum des Lagerhalters.** Da die Einlagerer Miteigentümer werden, so erwirbt der Lagerhalter kein Eigentum. Dies ist in § 419 Abs. 2 ausdrücklich hervorgehoben. Zulässig ist im Zweifel, daß der Lagerhalter auch ihm selbst gehörige Sachen gleicher Art und Güte mit dem Lagergut dritter Einlagerer, welche Vermischung gestattet haben, vermischt; dann wird der Lagerhalter Miteigentümer zu dem seinem Gut entsprechenden Wertanteil, nicht aber etwa Eigentümer der Gesamtmenge. Die Einlagerer haben im Konkurs des Lagerhalters ein Aussonderungsrecht (D. 251), und falls der Lagerhalter Miteigentümer geworden ist, das in KO. §§ 16, 51 geordnete Auseinandersetzungsrecht.

c. **Gemeinschaft der Einlagerer.** Unter denjenigen Einlagerern, deren Sachen miteinander vermischt sind, besteht eine Gemeinschaft nach Bruchteilen an der entstandenen Gesamtmasse (BGB. § 741, D. 251). Mithin kommen die Bestimmungen des BGB. §§ 741—758 für ihr Verhältnis untereinander und nach außen, auch gegenüber dem Lagerhalter zur Anwendung. Jedoch mit der weittragenden in HGB. § 419 Abs. 2 Halbs. 2 bestimmten Abweichung (D. 251) von den Grundsätzen des BGB. §§ 749 ff. über die Aufhebung von Gemeinschaften, daß der Lagerhalter aus dem durch die Vermischung entstandenen Gesamtvorrat jedem Einlagerer den ihm gebührenden Anteil ausliefern kann, ohne daß er hierzu die Genehmigung der übrigen Beteiligten bedarf. Unter „Beteiligte" sind hier die übrigen Miteigentümer und die bezüglich der Anteile dieser Miteigentümer dinglich Berechtigten verstanden; Zustimmung der an dem auszuliefernden Anteil Beteiligten ist dagegen erforderlich. „Kann" bezeichnet nur das Verhältnis des Lagerhalters zu den anderen Einlagerern; dagegen muß er im Verhältnis zu demjenigen Einlagerer, der seinen Anteil zurückverlangt (Staub Anm. 5.) Die nach der Vermischung eintretenden Verluste und Beschädigungen sind von den Beteiligten gemeinsam zu tragen (D. 251, vgl. RG. 41 116) und zwar nach Verhältnis ihrer Anteile und vorbehaltlich eines zulässigen Rückgriffs (unten zu d) an den Lagerhalter.

d. **Verhältnis des einzelnen Einlagerers zum Lagerhalter.**

1. Allgemeines. Der einzelne Einlagerer kann erstens auf Grund seines Miteigentums an der Gesamtmenge die zur Erhaltung der Gesamtmenge notwendigen Maßregeln treffen (nach innen BGB. § 744 Abs. 2, nach außen BGB. § 1011), zweitens auf Grund seines Anteilrechts über dies Anteilrecht mit Wirkung gegen Dritte verfügen (BGB. § 747), und drittens auf Grund des Lagervertrags seine Forderungsrechte gegenüber dem Lagerhalter in Ansehung seines Anteils geltend machen (Simonson in ZHR. 45 566). Ein etwaiger Rückgriff an den Lagerhalter kann für die Gesamtheit der Einlagerer nur insoweit geltend gemacht werden, als der Lagerhalter in das Eigentumsrecht eingreift (z. B.

Ware unterschlägt); soweit dagegen nur eine Verletzung der Vertragspflichten vorliegt (z. B. bei Beschädigung infolge mangelhafter Aufsicht) kann nur der einzelne Einlagerer wegen des von ihm bei Verteilung des Schadens auf die Miteigentümer (oben zu c) erlittenen Ausfalls Rückgriff nehmen. Zur Gemeinschaft steht der Lagerhalter in keinem Vertragsverhältnis. Die Verfügungssäumnis z. B. oder ein Verschulden eines einzelnen Einlagerers berechtigt den Lagerhalter nur zu Maßregeln mit Bezug auf den Anteil dieses Einlagerers. Ebenso besteht ein Pfandrecht des Lagerhalters nur an dem einzelnen Anteil.

2. Zuviel-Auslieferung. Liefert der Lagerhalter dem Einlagerer mehr aus, als diesem zukommt, so wird der Empfänger, wenn er gutgläubig ist, Eigentümer (BGB. §§ 932 ff., HGB. § 366). Gegenüber den verbleibenden Einlagerern liegt hierin ein Fall des Teilverlusts (§ 390 Anm. Ia); vgl. daher oben zu c. Der Lagerhalter kann aber Rückgabe des irrtümlich zu viel Ausgelieferten fordern (BGB. §§ 812 ff.) War der Empfänger bei Entgegennahme des zu viel Empfangenen nicht in gutem Glauben, so erwirbt er kein Alleineigentum an dem nach Aufhören seines guten Glaubens ausgelieferten Teil; insoweit bleibt daher auch die Eigentumsklage der übrigen Einlagerer gegen ihn begründet (BGB. §§ 932 ff.); ebenso entsteht ein unmittelbarer forderungsrechtlicher Anspruch dieser Einlagerer auf Herausgabe (BGB. § 819 Abs. 1); daneben besteht — soweit er nicht durch die Verfügung der übrigen Einlagerer inhaltlich erschöpft ist — der Rückgabeanspruch des Lagerhalters (BGB. §§ 812 ff.).

3. Verbleibt ein Überschuß, nachdem an alle Einlagerer ausgeliefert ist, so kommt dieser nicht dem Lagerhalter zu. Ist anzunehmen, daß der Überschuß durch natürliche Gewichtsvermehrung entstanden ist, so wird er unter die am Sammellager beteiligten Einlagerer (Schetelich Lagergeschäft 58) nach Verhältnis der eingelagerten Mengen und der Lagerzeit zu verteilen sein; anderenfalls wird er als herrenlose Sache behandelt werden müssen.

IV. **Rechtsfolgen einer nicht gestatteten Vermischung.** Die Folgen sind dieselben wie bei einer gestatteten Vermischung (oben Anm. III), mit dem einzigen Unterschied, daß dem Lagerhalter das Recht aus § 419 Abs. 2 Halbs. 2, jedem Einlagerer seinen Anteil auszuliefern, nicht zusteht, vielmehr die Bestimmungen des BGB. §§ 749 ff., betreffend Aufhebung der Gemeinschaft, unberührt bleiben. Wegen der in der Vermischung liegenden Vertragsverletzung wird der Lagerhalter, wenn er sie zu vertreten hat, nach allgemeinen Grundsätzen (BGB. §§ 276 ff., HGB. § 347) schadenersatzpflichtig.

V. **Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag** (§ 419 Abs. 3). Nicht die Bestimmungen über das Lagergeschäft kommen zur Anwendung, sondern BGB. § 700 ist maßgebend (§ 416 Anm. IIb 5). Auch eine Abrede des in § 419 Abs. 3 erwähnten Inhalts muß ausdrücklich getroffen sein, da dies selbst für die weniger weit gehende Abrede des § 419 Abs. 1 vorgeschrieben ist (Lehmann Nr. 2, Schetelich Lagergeschäft 46). Tatfrage ist, ob die Abrede auf sofortigen Eigentumsübergang an den Lagerhalter bei Einlagerung geht (BGB. § 700 Satz 1) oder ob nur darauf, daß der Lagerhalter berechtigt ist, sich das Eigentum anzueignen (BGB. § 700 Satz 2). In letzterem Fall verliert erst mit der etwa erfolgenden besonderen Aneignungshandlung der Einlagerer das Eigentum (RG. 52 205).

§ 420.

Lagerkosten.

Der Lagerhalter hat Anspruch auf das bedungene oder ortsübliche Lagergeld sowie auf Erstattung der Auslagen für Fracht und Zölle und der sonst für das Gut gemachten Aufwendungen, soweit er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte.

Von den hiernach dem Lagerhalter zukommenden Beträgen (Lagerkosten) sind die baaren Auslagen sofort zu erstatten. Die sonstigen Lagerkosten sind nach dem Ablaufe von je drei Monaten seit der Einlieferung oder, wenn das Gut in

der Zwischenzeit zurückgenommen wird, bei der Rücknahme zu erstatten; wird das Gut theilweise zurückgenommen, so ist nur ein entsprechender Theil zu berichtigen, es sei denn, daß das auf dem Lager verbleibende Gut zur Sicherung des Lagerhalters nicht ausreicht.

ADH. — **Entw. I** § 394. **Entw. II** § 412.

I. **Lagerkosten.**

a. **Begriff.** Unter „Lagerkosten" faßt das Gesetz das Lagergeld und die dem Lagerhalter zu erstattenden für das Gut gemachten Aufwendungen zusammen. D. 252 bemerkt: „Ansprüche aus Vorschüssen oder Ansprüche auf Ersatz von Schäden, die durch die Beschaffenheit der Ware an anderen Gütern verursacht worden sind, sowie sonstige auf besonderen Rechtsgründen beruhende Forderungen fallen nicht unter die Lagerkosten". Die in der Denkschrift gegebene Umgrenzung des Begriffs der Lagerkosten wird angesichts der engen Fassung des Gesetzes zu grund gelegt werden müssen. Nicht zutreffend aber erscheint die Behauptung, daß die Vorschuß- und die Schadensersatzforderung „auf besonderen Rechtsgründen" beruhen. Vielmehr kann erstere Bestandteil des Lagervertrags sein, und letztere, soweit sie dem Lagerhalter (und nicht dritten Beschädigten) zusteht, fließt stets aus dem Lagervertrag. Auch andere Schadensersatzansprüche als der in der Denkschrift erwähnte fallen nicht unter die Lagerkosten.

b. **Die einzelnen Lagerkosten.**

1. Lagergeld. Vgl. § 354 Anm. IIIb. Bezüglich der Höhe des zu gewährenden Lagergelds ist in erster Reihe der Vertrag, in zweiter der Ortsgebrauch maßgebend. Ist kein Ortsgebrauch ermittelbar, so tritt billiges Ermessen des Lagerhalters vorbehaltlich richterlichen Ermäßigungsrechts ein (BGB. §§ 316, 315). Endet die Aufbewahrung vor dem Ablauf der für sie bestimmten Zeit, gleichgültig aus welchem Grund (Planck[3] BGB. § 699 Anm.), so kann der Verwahrer einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen, sofern nicht aus der Vereinbarung über die Vergütung sich ein anderes ergibt (BGB. § 699 Abs. 2, HGB. § 416 Anm. Im). Ein anderes ergibt sich z. B., wenn in der Zeitabrede die Festsetzung eines unter allen Umständen zu gewährenden Mindestbetrags des Lagergelds zu finden ist. Der Lagerhalter kann — außer wenn unerlaubte Handlung vorliegt — nicht neben jenem Teil der Vergütung noch eine weitere Entschädigung fordern. So z. B. nicht für Freihaltung der Lagerräume für die ganze bedungene Zeit und Untunlichkeit anderweiter Ausnutzung (Staub Anm. 2).

2. Aufwendungen für das Gut. Vgl. § 396 Anm. IIc. Über das Verhältnis dieses Begriffs zum Begriff „Verwendungen" vgl. § 354 Anm. Ib 3; der § 420 Abs. 1 verlangt einen Zusammenhang der Aufwendung mit dem Gut, mithin genügt nicht ein Zusammenhang nur mit der Person des Einlagerers. Die anläßlich jedes einzelnen Lagervertrags gemachten Aufwendungen sind daher bei Anwendung der §§ 420 Abs. 2, 421 gesondert zu verrechnen, selbst wenn mit demselben Einlagerer mehrere Lagerverträge laufen. Der Ersatzanspruch besteht nur, insoweit der Lagerhalter die Aufwendungen „den Umständen nach für erforderlich halten durfte"; über die Tragweite dieser Beschränkung vgl. § 396 Anm. IIb 2. Als Beispiele nennt § 420 Abs. 1 Auslagen für Fracht und Zölle. Weitere Beispiele sind z. B. die Kosten der Versicherung und der zur Erhaltung des Guts etwa (§ 418 Anm. II) vorgenommenen Arbeiten (D. 252). Letzteres selbst dann, wenn der Lagerhalter durch seine eigenen Leute diese Arbeiten hat vornehmen lassen (§ 396 Anm. IIc 4). Die Frage, inwieweit etwaige Unkosten bereits durch das dem Lagerhalter zukommende Lagergeld als abgegolten anzusehen sind, kann nur nach der Lage des einzelnen Falls entschieden werden (D. 252). Keine Aufwendung für das Gut sind Vorschüsse und Schadensersatzforderungen (oben Anm. Ia).

II. **Fälligkeit der Lagerkosten.**

a. **Bare Auslagen** sind sofort zu erstatten (§ 420 Abs. 2 Satz 1). Auch der Zinsanspruch läuft vom Tag der Verauslagung an (§ 354 Abs. 2). Als „bare Auslagen" ist jede endgültige Tilgung anzusehen, gleichgültig, ob z. B. durch Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt oder

Aufrechnung (dagegen Lehmann Nr. 4). Den Gegensatz bildet die Übernahme von Verbindlichkeiten einschließlich der Hingabe zwecks Erfüllungsversuchs.

b. **Lagerkosten, die nicht bare Auslagen sind.** Hierzu gehören außer dem Lagergeld auch diejenigen Aufwendungen, die nicht bare Auslagen sind. Beispiele derartiger Aufwendungen vgl. § 396 Anm. IIc 2—4. Für deren Fälligkeit ist mangels anderweiter Vertragsbestimmung nur § 420 Abs. 2 Satz 2 maßgebend; nicht daneben auch BGB. § 699 Abs. 1. Dauert die Lagerung mehr als drei Monate, so sind — abweichend von BGB. § 699 Abs. 1 Satz 1 — jeweils nach Ablauf von drei Monaten nach der Einlieferung (nicht seit dem Entstehen der betreffenden Lagerkosten) die bis dahin entstandenen Lagerkosten fällig; bei vorheriger Rücknahme jedoch schon bei der tatsächlichen Rücknahme, nicht bereits bei Fälligkeit des Anspruchs auf Rücknahme (dagegen Lehmann 2 298 Fußnote 1). Andererseits ist auch die Bestimmung des BGB. § 699 Abs. 1 Satz 2, daß eine nach Zeitabschnitten bemessene Vergütung nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten ist, nicht auf das Lagergeschäft anwendbar, außer wenn dies im Einzelfall ausnahmsweise der Absicht der Parteien entspricht (D. 252). Die Vorschrift des § 420 Abs. 2 Satz 2, daß „bei" der Rücknahme zu erstatten sei, bezieht sich nicht auf den Ort (vgl. § 416 Anm. III), sondern nur auf die Zeit der Leistung (OLG. Karlsruhe 14 V 01 OLGRspr. 3 43, RG. 11 XII 01 JW. 02 80[18]).

§ 421.

Pfandrecht.

Der Lagerhalter hat wegen der Lagerkosten ein Pfandrecht an dem Gute, solange er es im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann.

ADH. — **Entw. I** § 395. **Entw. II** § 413.

I. **Voraussetzungen des Pfandrechts.**

a. **Gut.** Vgl. § 416 Anm. IIc, § 397 Anm. Ia. Das Pfandrecht erstreckt sich auch auf dasjenige Gut, das bei Einlieferung nicht Eigentum des Einlagerers ist, es sei denn, daß dieser gegenüber dem Eigentümer nicht zur Niederlegung in einem Lagerhaus befugt und der Lagerhalter nicht in gutem Glauben war (§ 397 Anm. Ia 3, D. 252). Der § 366 Abs. 3 HGB., der das Vorliegen eines gesetzlichen Pfandrechts voraussetzt, ist anwendbar, auch wenn der Einlagerer nicht Kaufmann ist (§ 366 Anm. IIc 1). Über Einlagerung für Rechnung eines Dritten vgl. unten Anm. V. Über den Rang des Pfandrechts des Lagerhalters gegenüber Pfandrechten des Kommissionärs, des Speditörs und des Frachtführers vgl. § 443.

b. **Besitz.** Vgl. § 369 Anm. IVe.

c. **Forderung.** Vgl. § 397 Anm. Ic, § 410 Anm. Ic. Das Pfandrecht des Lagerhalters bleibt, was den Umfang der Ansprüche betrifft, wegen deren es besteht, hinter den Pfandrechten nicht nur des Kommissionärs sondern auch des Speditörs und des Frachtführers zurück. Denn es besteht nur wegen der „Lagerkosten" (§ 420 Anm. I), also weder wegen Forderungen aus laufender Rechnung noch wegen Vorschüsse (D. 252). Stehen dem Lagerhalter Ansprüche der letzteren Art zu und will er sich mit dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht nicht begnügen, so muß er sich für seine Forderungen die Ware besonders verpfänden lassen (D. 252). Die in der Denkschr. gegebene Begründung dieser Abweichung, daß nämlich eine Ausdehnung des Pfandrechts des Lagerhalters auf Vorschüsse sich auch darum nicht empfehle, weil hierdurch die Übertragbarkeit der etwa ausgestellten Lagerscheine erheblich beeinträchtigt werden würde, erscheint nicht folgerichtig; denn in dem entsprechenden Fall der Ladescheine (vgl. § 446 Anm. Ib 4) hat der Ladescheinverpflichtete an sich auch ein Pfandrecht wegen geleisteter Vorschüsse (§ 440 Abs. 1).

II. **Wirkung des Pfandrechts.** Vgl. § 397 Anm. II. Das Pfandrecht des Lagerhalters gibt im Konkurs ein Absonderungsrecht (KO. § 49 Nr. 2).

III. **Abweichende Vereinbarungen.** Vgl. § 397 Anm. III.

IV. **Zurückbehaltungsrecht.** Vgl. § 397 Anm. IV a, § 410 Anm. IV a. Der Lagerhalter hat das gemeinbürgerliche und (§ 369 Anm. VII d 3 α) das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach allgemeinen Regeln, ohne Beschränkung auf die „Lagerkosten".

V. **Einlagerung für Rechnung eines Dritten.** D. 253 bemerkt: „Durch das gesetzliche Pfandrecht das Lagerhalters und den Schutz seines guten Glaubens werden die Schwierigkeiten beseitigt, welche jetzt der Geltendmachung des in zahlreichen Fällen, z. B. nach den Art. 323, 343, 348, 407, 602, 648 ADH. [jetzt §§ 362, 373, 379, 437, 601, 646 HGB.] einem Beteiligten zustehenden Rechts, Güter für Rechnung eines anderen in einem Lagerhause niederzulegen, entgegenstehen. Der Einlagerer wird es in einem solchen Fall dem Lagerhalter überlassen können, sich, soweit nötig, aus dem Gut selbst zu befriedigen, während er gegenwärtig die Lagerkosten immer persönlich berichtigen muß, und deshalb, wenn er nicht eine sonstige Deckung in Händen hat, von dem Rechte der Niederlegung stets nur auf seine eigene Gefahr Gebrauch machen kann, wobei er sich häufig genötigt sieht, die Ware zuletzt doch wieder zurückzunehmen."

§ 422.

Lagerzeit.

Der Lagerhalter kann nicht verlangen, daß der Einlagerer das Gut vor dem Ablaufe der bedungenen Lagerzeit und, falls eine solche nicht bedungen ist, daß er es vor dem Ablaufe von drei Monaten nach der Einlieferung zurücknehme. Ist eine Lagerzeit nicht bedungen oder behält der Lagerhalter nach dem Ablaufe der bedungenen Lagerzeit das Gut auf dem Lager, so kann er die Rücknahme nur nach vorgängiger Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monate verlangen.

Der Lagerhalter ist berechtigt, die Rücknahme des Gutes vor dem Ablaufe der Lagerzeit und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

ADH. — **Entw. I** § 396. **Entw. II** § 414.

I. **Recht des Lagerhalters auf Rücknahme.** Über sein Recht, bei Rücknahme die Zahlung der Lagerkosten zu verlangen, vgl. § 420 Anm. II. Über die Folgen einer Rücknahmesäumnis des Einlagerers vgl. § 389 Anm. I—III, § 417 Anm. II. Über den Erfüllungsort für die Rücknahmeverpflichtung des Einlagerers vgl. § 416 Anm. III.

a. **Bestimmte Lagerzeit.** Ist eine Lagerzeit bedungen, so kann der Lagerhalter nicht früher als zum Ablauf dieser Zeit die Rücknahme verlangen, außer (unten zu c) wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Bedungen ist eine Lagerzeit nicht nur dann, wenn sie nach dem Kalender bestimmt ist; vielmehr ist auch eine Bezugnahme auf ein anderes Ereignis genügend (§ 376 Anm. II a 2). Um den Einlagerer in Verzug zu setzen, kann daher unter Umständen Mahnung erforderlich sein (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. III). Ist nach Ablauf der Lagerzeit die Lagerung stillschweigend fortgesetzt, so ist nunmehr der Lagerhalter an eine Kündigungsfrist von einem Monat gebunden (§ 422 Abs. 1 Satz 2), braucht jedoch nicht den Ablauf von drei Monaten seit der Einlieferung abzuwarten.

b. **Unbestimmte Lagerzeit.** Der Lagerhalter kann — außer bei wichtigem Grund (unten zu c) — Rücknahme nur verlangen, wenn erstens zu der Zeit, zu der zurückgenommen werden soll, drei Monate seit Einlieferung abgelaufen sind und zweitens er vorher unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat gekündigt hat. Hierin liegt eine Abweichung von BGB. § 696 Satz 1. Eine mit Einverständnis des Lagerhalters erfolgende Fortsetzung des Lagervertrags über den Zeitpunkt hinaus, für den gekündigt ist, enthält eine Verlängerung auf unbestimmte Zeit; Rücknahme kann dann nur nach erneuter Kündigung verlangt werden. — Wann bei Einlieferung in Teilen die Einlieferung als beendet anzusehen ist und mithin die dreimonatliche Frist beginnt, vgl. § 440 Anm. I b 2 β.

c. **Wichtiger Grund.** Nicht notwendig braucht der Grund in der Person des Einlagerers zu liegen, und auch das Zusammentreffen mehrerer an sich minder wichtiger Umstände kann einen wichtigen Grund darstellen (§ 133 Anm. I d). Ein wichtiger Grund liegt z. B. darin, daß das Gut sich als gefährlich für andere Waren erweist (D. 253). Nicht nur in drohendem, sondern auch in eingetretenem Schaden (KB. 124). Ebenso darin, daß die Ware sich nachträglich als gestohlenes Gut erweist, oder darin, daß der Lagerspeicher baufällig wird (Staub Anm. 3) oder daß die Besorgnis entsteht, der Wert der Ware werde zur Deckung der künftig erwachsenden Lagerkosten nicht mehr ausreichen (Simonson in ZHR. 45 567) oder daß die fälligen Lagerkosten trotz Aufforderung nicht bezahlt werden (vgl. Düringer-Hachenburg Anm. IV). Für den Fall nachträglicher Vermögensverschlechterung des Einlagerers ist nicht § 422 Abs. 2, sondern BGB. § 321 maßgebend; Rücknahme kann daher nur verlangt werden, wenn der Lagerhalter nicht mehr genügend durch das Lagergut gedeckt ist.

d. **Wem gegenüber besteht der Rücknahmeanspruch?** Ist kein indossierbarer Lagerschein ausgestellt, so besteht der Anspruch gegenüber dem Einlagerer bezw. dessen bekanntgewordenem (BGB. §§ 407 ff.) Rechtsnachfolger. Ist ein indossierbarer Lagerschein ausgestellt, so kann der Anspruch nur gegenüber dem Lagerscheinberechtigten geltend gemacht werden (Simonson in ZHR. 45 567); falls dieser nicht bekannt, gemäß BGB. § 132.

II. **Recht des Einlagerers auf Rücknahme.** „Daß der Einlagerer die Auslieferung des Guts schon vor Ablauf der Lagerfrist jederzeit gegen Zahlung der Lagerkosten und Erfüllung derjenigen Verbindlichkeiten, wegen deren dem Lagerhalter gegen den Einlagerer ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, fordern darf, ergibt sich aus § 695 BGB." (D. 253; vgl. § 416 Anm. I h). Ob, wenn der Frachtführer wegen Ablieferungshindernisses einlagert, er dies im eigenen Namen oder namens des Absenders tut, ist Tatfrage; nur in letzterem Fall hat der Absender einen Rücknahmeanspruch gegen den Lagerhalter (RG. 32 28). Über Einlagerung für fremde Rechnung vgl. § 421 Anm. V.

§ 423.

Verjährung.

Auf die Verjährung der Ansprüche gegen den Lagerhalter wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes finden die Vorschriften des § 414 entsprechende Anwendung. Im Falle des gänzlichen Verlustes beginnt die Verjährung mit dem Ablaufe des Tages, an welchem der Lagerhalter dem Einlagerer Anzeige von dem Verluste macht.

ADH. — **Entw. I** § 397. **Entw. II** § 415.

I. **Entsprechende Anwendung des § 414.** Vgl. die Anmerkungen zu § 414. Bei Anwendung des § 414 auf das Lagergeschäft ist gleichfalls die Ablieferung an den Empfänger (§ 414 Anm. I c, II a 1) der maßgebende Zeitpunkt. Empfänger ist hier der Einlagerer oder dessen Rechtsnachfolger; wenn für fremde Rechnung gelagert ist, derjenige, für dessen Rechnung dies geschehen; wenn ein Lagerschein ausgestellt ist, der Lagerscheinberechtigte. Unter den § 423 fällt auch ein Anspruch, der darauf gestützt wird, daß der Lagerhalter weisungswidrig Gut, das bereits beschädigt war, von einem Dritten zwecks Einlagerung für Rechnung des Auftraggebers entgegengenommen und dadurch die Verfolgung der Rechte gegenüber dem Dritten unmöglich gemacht habe (RG. 60 48). — Die nicht unter § 423 fallenden Ansprüche gegen den Lagerhalter oder Einlagerer aus dem Lagervertrag unterliegen der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung des BGB. § 195. So verjähren auch die Ansprüche des Lagerhalters auf Zahlung der Lagerkosten nicht (was Staub Anm. 2 unter Anwendung des BGB. § 196 Nr. 1 und Lehmann Nr. 2 unter entsprechender Anwendung dieser Vorschrift annehmen) in 2 bezw. 4 Jahren, sondern erst in 30 Jahren, da Ansprüche aus einem Verwahrungsvertrag weder unter Nr. 1 noch Nr. 7 des § 196 BGB. fallen (Düringer-Hachenburg Anm. I 1). Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung unterliegen der dreijährigen Verjährung aus BGB. § 852.

II. **Die in § 423 Satz 2 enthaltene Abweichung** von § 414 wurde für notwendig erachtet,

weil es beim Lagergeschäft an einer bestimmten Zeit für die Auslieferung fehle, das Gut vielmehr auf Verlangen des Einlagerers jederzeit (§ 422 Anm. II) herauszugeben ist (D. 253). Diese Abweichung gilt nur für den Fall des gänzlichen Verlustes. Über die Verpflichtung des Lagerhalters, den Einlagerer von einem etwa eingetretenen Verlust oder drohender Entwertung zu benachrichtigen, vgl. § 417 Anm. Ib 2. Verlustanzeige im Sinn des § 423 ist jede Mitteilung, aus welcher in Verbindung mit dem vom Einlagerer selbst unterstellten Sachverhalt der Einlagerer mit Sicherheit auf den Verlust der Ware beim Lagerhalter schließen kann (RG. 58 78). So auch in Fällen, in denen der Lagerhalter sich nicht dazu bekennt, daß die Ware bei ihm in Verlust geraten sei, sondern seine Unfähigkeit zur Auslieferung mit der Begründung erklärt, daß er die Ware gar nicht erhalten, oder daß er sie nach Anweisung des Einlagerers bereits ausgeliefert habe (RG. 58 78).

§ 424.

Lagerschein.

Ist von dem Lagerhalter ein Lagerschein ausgestellt, der durch Indossament übertragen werden kann, so hat, wenn das Gut von dem Lagerhalter übernommen ist, die Uebergabe des Lagerscheins an denjenigen, welcher durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes legitimirt wird, für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen wie die Uebergabe des Gutes.

ADH. — , **Entw. I** § 398. **Entw. II** § 416.

I. Voraussetzungen der dinglichen Wirkung.
 a. Indossirbarer Lagerschein.
 b. Übernahme des Guts durch Lagerhalter.
 c. Übergabe des Lagerscheins an Papierberechtigten.

II. Die eintretenden Wirkungen.
 a. Wie durch Übergabe des Guts.
 b. Erwerb von Rechten am Gut.
 c. Gefahrübergang.

I. Voraussetzungen für den Eintritt der in § 424 bestimmten dinglichen Wirkung.

a. Ausstellung eines indossierbaren Lagerscheins durch den Lagerhalter.

1. Lagerhalter. Darüber, welche Lagerhalter indossierbare Lagerscheine ausstellen dürfen, vgl. § 363 Anm. IV c.
2. Indossierbarer Lagerschein. Nach § 363 Abs. 2 ist nur ein an Order lautender (und seitens einer staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalt ausgestellter) Lagerschein indossierbar; doch behält EGHGB. Art. 16 ergänzende Bestimmungen der Landesgesetze vor. Näheres vgl. § 363 Anm. VII. — Nichtindossierbare auf Namen lautende Lagerscheine können unbeschränkt ausgestellt werden. Deren etwaige Indossierung und Übergabe hat nicht die in §§ 364, 365 an ein zulässiges Indossament geknüpfte Wirkung (§ 363 Anm. VII a) und an sich auch nicht die in § 424 bezeichnete dingliche Wirkung (ebenso Lehmann Nr. 5, Düringer-Hachenburg Anm. Ib; abweichend CosackHR. § 102 II 3 und nach früherem Recht RG. 28 42, vgl. ROH. 11 416, RG. 5 80; anders beim Ladeschein, § 450 Anm. Ia 3). Doch kann die Indossierung unter Umständen als Abtretung (§ 364 Anm. Ib) der durch das Papier verbrieften Rechte, mithin (M. 116, § 364 Anm. IIb, § 444 Anm. II) des Herausgabeanspruchs, angesehen werden, und dann treten die im BGB. an die Abtretung des Herausgabeanspruchs geknüpften dinglichen Wirkungen ein. — Auch Ausgabe von Lagerscheinen, die Ausweis-(Legitimations-) Papiere (BGB. § 808) sind, ist unbeschränkt zulässig (Staub Anm. 7, Düringer-Hachenburg Anm. Ib; Beispiel in RG. 13 154). Werden sie indossiert, und ist im Einzelfall das Indossament als Abtretung zu behandeln, so gilt für sie das Gleiche wie bezüglich anderer nicht indossierbarer Namenlagerscheine. Andernfalls tritt lediglich die in BGB. § 808 bestimmte Wirkung ein. — Inhaberlagerscheine sind zulässig und dürfen ohne staatliche Ermächtigung in Verkehr gebracht werden (RG. 59 376, OLG. Hamburg 16 V 04 HansGZ. 180 OLGRspr. 9 35, Burchard in EisenbEntsch. 16 362, Lehmann Nr. 2, Düringer-Hachenburg Anm. Ib, Wimpfheimer Lagerschein 24; dagegen Staub Anm. 5 und unsere 12. Aufl.; dahingestellt RG. 13 154). Über die Frage, unter welchen Um-

ständen ein Lagerschein als Inhaberlagerschein aufzufassen ist, vgl. RG. 28 I/11 II 03 JW. 155[13] HoldheimsMSchr. 186 gegen ROH. 25 352. Die Übergabe eines Inhaberlagerscheins hat nicht die in § 424 bezeichnete dingliche Wirkung (Düringer-Hachenburg Anm. Ib, Heymann Traditionspapiere 160; dagegen Wimpfheimer Lagerschein 28 und nach früherem Recht ROH. 25 356).

3. Lagerschein. Das HGB. hat an dem Einscheinsystem festgehalten mit der Maßgabe, daß es in EGHGB. Art. 16 gewisse ergänzende Bestimmungen der Landesgesetze — wie sie in Bremen und Elsaß-Lothringen bestehen (vgl. auch Makower[12] 3 453, 456, 457, 459, 460, 466, 469, 473, 477, 487) — vorbehält, unter ihnen die Zulässigkeit der Anordnung des Zweischeinsystems, bei welchem das Lagergut gleichzeitig mittels des einen Scheins verpfändet und mittels des anderen Scheins veräußert werden kann (D. 247). Abgesehen von solchen landesgesetzlichen Vorschriften erzeugt die Übergabe eines etwa ausgestellten besonderen Lagerpfandscheins weder nach HGB. noch nach BGB. ein Pfandrecht an dem Lagergut (D. 248). — Der Lagerschein verbrieft die Forderung gegen den Lagerhalter auf Auslieferung des Guts (vgl. § 444 Anm. II).

4. Ausstellung. Verpflichtet zur Ausstellung eines Lagerscheins ist der Lagerhalter nur, wenn es der Verkehrsübung oder der Vertragsabrede entspricht.

b. Übernahme des Guts durch den Lagerhalter.

1. Besitzerwerb des Lagerhalters. Nicht von Übernehmen der Lagerung (d. h. Abschluß des Lagervertrags, § 416 Anm. IId), sondern von Übernehmen des Guts handelt § 424. Hierunter ist zu verstehen, daß der Lagerhalter Besitz am Gut erworben haben muß. Ob vor oder nach Ausstellung des Lagerscheins, ist unerheblich; doch wird anzunehmen sein, daß die in § 424 bestimmte Wirkung nur eintritt, wenn bei Übergabe des Lagerscheins an den nach Inhalt des Lagerscheins Berechtigten der Besitz des Lagerhalters bestand. „Übernommen" ist an „Übergabe", nicht an „ausgestellt" geknüpft. Hat z. B. der Lagerhalter einen Lagerschein an Order ausgestellt, noch bevor er Besitz am Gut erworben hatte, und begibt der Einlagerer den ihm ausgehändigten, auf ihn ausgestellten und durch ihn indossierten Lagerschein gleichfalls vor jenem Besitzerwerb, so erwirbt der Indossatar zwar möglicherweise ein Forderungsrecht gegen den Lagerhalter (§ 364 Anm. III b 3), aber kein dingliches Recht am Gut auf Grund des § 424, außer etwa (vgl. jedoch RG. 56 54) nachträglich dadurch, daß der Lagerhalter später den Besitz erwirbt (BGB. § 185 Abs. 2). Zweifelhaft ist, ob unter „übernommen" nur der Erwerb unmittelbaren Besitzes zu verstehen ist (so Lehmann Nr. 7, vgl. auch Staub § 416 Anm. 7), oder ob auch Erwerb mittelbaren Besitzes genügt. Letzteres wird anzunehmen sein (zust. Düringer-Hachenburg Anm. II 2); denn zulässig ist z. B. die Vereinbarung der Lagerung bei einem Dritten (§ 416 Anm. I d), ohne daß § 424 die Ausstellung eines Lagerscheins für diesen Fall deutlich ausschließt, und auch für die Entstehung des Pfandrechts aus § 421 bedarf es nur der Erwerbung mittelbaren Besitzes (§ 369 Anm. IVe 1). — Der Lagerhalter ist Besitzer, nicht etwa nur Besitzdiener (vgl. jedoch unten Anm. IIa 1). Für welchen mittelbaren Besitzer der Aussteller eines Verfügungspapiers besitzt, vgl. § 440 Anm. I b 1.

2. Besitzverlust des Lagerhalters. Das durch den Lagerschein verbriefte Forderungsrecht geht an sich nicht verloren durch den Verlust des Besitzes seitens des Lagerhalters; doch kann unter Umständen der Herausgabeanspruch in einen anderen Anspruch, z. B. in den Anspruch auf Abtretung der Rechte gegen den dritten Besitzerwerber oder in einen Schadenersatzanspruch gegen den Lagerhalter übergehen. Auch das dingliche Recht, das vom Lagerscheinerwerber durch Besitzerwerb am Lagerschein etwa erworben ist, geht nicht notwendig verloren durch späteren Besitzverlust des Lagerhalters (zust. Düringer-Hachenburg Anm. II 2; dagegen Lehmann Nr. 7). Vielmehr wirkt der Besitzverlust des Lagerhalters auf das dingliche Recht des Lagerscheinberechtigten nur in gleicher Weise wie auch in anderen Fällen der Besitzverlust des Fremdbesitzers auf die dinglichen Rechte des Eigners. So bleibt das Eigentum des Lagerscheinberechtigten unberührt durch den Besitzverlust des Lagerhalters; es geht vielmehr erst durch den Eigentumserwerb eines

Dritten unter; z. B. nicht schon durch die Besitzübertragung, sondern erst durch die hinzukommende Veräußerung (BGB. § 932 Abs. 1 Satz 2, HGB. § 366 Abs. 1) des Lagerguts durch den Lagerhalter an einen Gutgläubigen. So bleibt ferner auch der mittelbare Besitz des Lagerscheinberechtigten an sich unberührt durch den Besitzverlust des Lagerhalters, z. B. wenn der Lagerscheinberechtigte selbst dem Lagerhalter den Besitz entreißt oder wenn der Lagerhalter unter Aufgabe seines Besitzes das Lagergut bei einem Dritten für Rechnung des Lagerscheinberechtigten niederlegt; vielmehr muß auch hier ein wirksamer Erwerb des Eigenbesitzes seitens eines Dritten hinzukommen. — Hat der Lagerscheinberechtigte zu der Zeit, zu welcher er den Lagerschein weiter begibt, bereits eins oder mehrere dingliche Rechte am Gut verloren, so wird durch die Übergabe des Lagerscheins das betreffende Recht nicht mitübertragen (ebenso Wolff ZHR. 58 622; dagegen Wimpfheimer Lagerschein 37), denn das Recht des dritten Erwerbers der Sache ist, weil mit dem unmittelbaren Besitz der Sache verknüpft, das stärkere. Doch geht ein etwaiger Anspruch auf Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes (BGB. §§ 861, 869) auf den Erwerber des Lagerscheins mit über, und ferner greifen auch die Bestimmungen des BGB. § 185 zu seinen Gunsten ein.

c. **Übergabe des Lagerscheins an den durch den Schein zur Empfangnahme des Guts Legitimierten.**

1. Übergabe des Lagerscheins. Zweifelhaft ist, ob mit dem Wort „Übergabe“ an dieser Stelle nur die Übertragung des unmittelbaren Besitzes gemeint (so Lehmann Nr. 9, Düringer-Hachenburg Anm. II 3), oder ob auch die Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Besitzvertrag oder Abtretung des Herausgabeanspruchs mitbegriffen ist. Letzteres erscheint zutreffend (einschränkend Heymann Traditionspapiere 177). Die Bedeutung des Worts „Übergabe“ ist schwankend. In BGB. §§ 929 Satz 1, 930, 931, 933, 1032, 1205 bedeutet es nur Übertragung des unmittelbaren Besitzes. Ebenso in BGB. § 433 (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. V c 1, vgl. Heymann Traditionspapiere 178 Anm. 3) und mehreren Stellen des HGB., z. B. HGB. §§ 427, 429 Abs. 2. Die Bedeutung des Worts in BGB. § 1117 ist zweifelhaft und (Planck[3] § 446 Anm. 2b; gegen ihn Düringer-Hachenburg 3 54) die Bedeutung in BGB. § 446 bestritten. Dagegen schließt z. B. in HGB. §§ 369 Abs. 3 (vgl. § 369 Anm. IV e 1), 370 Abs. 2 das Wort Übergabe auch die Übertragung des mittelbaren Besitzes ein, und z. B. in HGB. §§ 432, 474 sind beide Bedeutungen möglich. Auf „Übergabe“ im engsten Sinn kann § 424 ohnedies nicht beschränkt werden, da jedenfalls die Belassung eines bereits früher erworbenen unmittelbaren Besitzes mit folgendem Begebungsvertrag genügt (vgl. z. B. RG. 2 90). Ein sachlicher Grund aber, warum die Übertragung des mittelbaren Besitzes am Lagerschein nicht dieselben dinglichen Übertragungswirkungen äußern sollte wie die Übertragung des unmittelbaren Besitzes, ist nicht erkennbar, da das BGB. für die nächstverwandten Fälle beides einander gleichstellt (auch BGB. § 1292 ist aus §§ 1205 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 1206 zu ergänzen; dagegen Planck[3] § 1292 Anm. 3b). Für das Verhältnis des Übertragers zum Übertragungsempfänger führt dies auch bei Begebung eines Verfügungspapiers zu keinen größeren Mißständen als bei Übertragung des Besitzes an einer sonstigen beweglichen Sache, und der Lagerhalter ist durch § 364 Abs. 2, 3 genügend geschützt, da ihm gegenüber (vgl. § 364 Anm. II a) durch diese Bestimmungen die Ausübung des seitens des Erwerbers des Lagerscheins erworbenen dinglichen Rechts an den unmittelbaren Besitz am Lagerschein geknüpft ist. Auch der Übergabeersatz setzt allerdings — wie die Übergabe — zu ihrer Wirksamkeit voraus, daß durch den Inhalt des Papiers der Übertragungsempfänger legitimiert ist. — Man denke z. B. an den Fall, daß der Indossatar A den Lagerschein seinem Bankier B als Sicherheit für Vorschüsse übergibt, dann die Ware an C verkauft und dadurch übergibt, daß er bei B den Lagerschein auf C indossiert und dem C den Anspruch an B auf Herausgabe des Lagerscheins abtritt, C aber dann den B anweist, einen Betrag in Höhe des von B dem A gegebenen Vorschusses für Rechnung des C an A zu zahlen (so daß hierdurch der von A entnommene Vorschuß getilgt wird) und zur Sicherheit für den hierdurch dem C gegebenen Vorschuß den Lagerschein zu behalten. C hat in

solchem Fall zu keiner Zeit unmittelbaren Besitz am Lagerschein erworben. Soll er darum nicht Eigentümer der Ware geworden sein?

2. Durch den Schein zur Empfangnahme des Guts Legitimierter. Dies ist entweder der im Orderlagerschein als Ablieferungsberechtigter Bezeichnete (vgl. §§ 450, 445 Nr. 4) oder ein durch Indossament oder sonstige Rechtsnachfolge (§ 365 Anm. II) Legitimierter. Unerheblich ist, ob sich aus dem Inhalt des Scheins allein die Person des Legitimierten feststellen läßt (RG. 17 I 00 JW. 256[11]). Legitimiert ist daher — wie bei sonstigen Orderurkunden (Staub § 365 Anm. 7) — z. B. auch wer von dem durch den Schein Legitimierten eine gewöhnliche Abtretung (unter Übergabe des Scheins) erhalten hat (anscheinend dagegen Staub § 363 Anm. 33). — Die Übergabe an einen Nichtlegitimierten hat nicht die in § 424 bezeichnete Wirkung. Händigt z. B. der Lagerhalter dem Einlagerer einen auf einen Dritten lautenden Lagerschein aus, so hat dies nur die Wirkung, daß der Einlagerer, ohne den Lagerhalter benachrichtigen zu müssen (RG. 28 43), durch Übergabe des Scheins an jenen Dritten das dingliche Recht des letzteren zur Entstehung bringen kann.

3. Übergeber. Der § 424 sagt nur, an wen zu übergeben ist, nicht wer zu übergeben hat, damit die in § 424 bezeichneten Wirkungen eintreten. In erster Reihe ist wohl an den Fall gedacht, daß der Einlagerer in seiner Eigenschaft als nach Inhalt des Lagerscheins Ablieferungsberechtigter (§ 445 Nr. 4) den von ihm indossierten Lagerschein dem Indossatar übergibt. Der Wortlaut des § 424 paßt aber ebenso gut auch auf den Fall, daß ein nicht nach Inhalt des Lagerscheins Berechtigter der Übergebende ist. So z. B., wenn der Einlagerer sich vom Lagerhalter einen auf den Namen eines Dritten lautenden Orderlagerschein hat aushändigen lassen und nun diesem Dritten den Schein übergibt. So aber auch, wenn der Lagerhalter selbst den von ihm ausgestellten Lagerschein dem nach Inhalt des Lagerscheins als Ablieferungsberechtigter Bezeichneten übergibt. Der § 424 ist daher jedenfalls dann anwendbar, wenn der Lagerhalter dem Dritten, für dessen Rechnung eingelagert ist, einen vom Lagerhalter ausgestellten Orderlagerschein übergibt, in welchem jener Dritte als Ablieferungsberechtigter bezeichnet ist; durch diese Übergabe erwirbt der Dritte Besitz am Lagergut. Aber selbst dann, wenn dem Einlagerer der Lagerhalter einen Orderlagerschein übergibt, in dem der Einlagerer als Ablieferungsberechtigter bezeichnet ist; zwar hat der Einlagerer bereits mittelbaren Besitz am Lagergut auf Grund des Lagervertrags, aber die Ausstellung und Übergabe des Lagerscheins enthält die Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses, das, auch unabhängig von dem anderen, dem Einlagerer den mittelbaren Besitz zuweist, und gleichzeitig erlischt dann der auf den Lagervertrag gestützte mittelbare Besitz (§ 440 Anm. Ib 1).

II. **Die eintretenden Wirkungen.** Liegen die obigen Voraussetzungen (oben Anm. Ia—c) vor, so hat dies nach § 424 „für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen wie die Übergabe des Guts".

a. **Übergabe** des Guts.

1. Ist hierunter Übertragung unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes zu verstehen?

Den von der herrschenden Meinung aus dem Gebrauch der Worte „Übergabe des Guts" abgeleiteten Folgerungen liegt wohl die stillschweigende Voraussetzung zu grund, daß hier „Übergabe" in demselben Sinn zu verstehen sei, in welchem dies Wort in BGB. §§ 929 ff. gebraucht ist, also im Sinn von „Übertragung des unmittelbaren Besitzes" (so ausdrücklich Wimpfheimer Lagerschein 36, Düringer-Hachenburg Anm. III 2). Jene Voraussetzung wäre indessen als irrig zu erachten. Der Art. 649 ADH., dem der § 424 nachgebildet ist, verstand — entsprechend dem zu grund liegenden Sprachgebrauch des Preußischen Landrechts („Körperliche Übergabe", „Symbolische Übergabe", „Übergabe durch Anweisung", „Übergabe durch Willensäußerung", LR. 1 7 §§ 58 ff., vgl. M. 117) — unter „Übergabe der Güter" eine beliebige Art der Besitzübertragung (anders allerdings „übergeben" in Art. 306 ADH.; RG. 19 242, vgl. 28 42), und nach D. 254 stimmt § 424 mit ADH. Art. 649 überein. Das neue HGB. schließt in §§ 369 Abs. 3, 370 Abs. 2 unter „Über-

gabe" die Übertragung des mittelbaren Besitzes ein (vgl. § 369 Anm. IVe 1). In § 424 kommt zweimal das Wort „Übergabe" vor, und das erste Mal ist die Übertragung mittelbaren Besitzes als einbegriffen zu erachten (oben Anm. Ic 1). Hiernach ist anzunehmen, daß „Übergabe des Guts" in § 424 einen anderen Sinn hat als in BGB. §§ 929 ff. Es ist gleichbedeutend mit „Besitzübertragung überhaupt".

Ist aber „Übergabe" hier gleichbedeutend mit „Besitzübertragung überhaupt", so wäre es willkürlich, die Besitzübertragung durch Verfügungspapier-Übergabe in ihren Wirkungen gerade derjenigen Art der Besitzübertragung gleichzustellen, die durch körperliche Übergabe erfolgt. Vielmehr wird sie derjenigen Art der Besitzübertragung gleichzustellen sein, der sie am meisten ähnelt. Gerade mit der körperlichen Übergabe hat sie aber die geringste Ähnlichkeit. Denn der Verfügungspapier-Aussteller ist (auch wenn er im Einzelfall, z. B. mangels Forderung, kein Pfandrecht hat) nicht etwa nur Besitzdiener des Verfügungspapier-Berechtigten, sondern unmittelbarer Besitzer (§ 440 Anm. Ib 1; ebenso Heymann Traditionspapiere 147; dagegen nimmt Wolff ZHR. 58 621 an, daß, soweit Verfügungen über die Ware in Frage kommen, der unmittelbare Papierbesitzer als unmittelbarer Warenbesitzer, der unmittelbare Warenbesitzer als Besitzdiener gelte). Verbleibt aber der unmittelbare Besitz am Gut beim Aussteller, so kann der Verfügungspapier-Berechtigte am Gut nur mittelbaren Besitz erwerben; und zwar gleichgültig, ob er am Schein (oben Anm. Ic) unmittelbaren oder nur mittelbaren Besitz erwirbt. Die Besitzübertragung am Gut durch Verfügungspapier-Übergabe ist daher stets nur eine Übertragung mittelbaren Besitzes. Sie ähnelt nur den im BGB. vorgesehenen Arten der Übertragung mittelbaren Besitzes. Und zwar ähnelt sie der Übertragung durch Besitzvertrag (constitutum possessorium) in denjenigen Fällen, in denen der Aussteller des Verfügungspapiers der Übergebende ist (vgl. oben Anm. Ic 3), und sie ähnelt der Übertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs in denjenigen Fällen, in denen der nach Inhalt des Verfügungspapiers Berechtigte oder ein Dritter der Übergebende ist.

Sogar die Frage aber ist aufzuwerfen, ob wirklich nur Ähnlichkeit vorliegt, oder ob vielmehr der Besitzerwerb durch Verfügungspapier-Übergabe einen Unterfall von Besitzvertrag bezw. Abtretung des Herausgabeanspruchs darstellt. Letzteres wird für den größten Teil der möglichen Fälle — gleichgültig, wie man die §§ 870, 931 BGB. auslegt — zu bejahen sein (so wohl auch RG. 52 354, indem es BGB. § 931 anführt; dagegen wohl Mot. z. BGB. 3 90: „nicht konsensualer Besitzwechsel, sondern Ausnahme von Notwendigkeit der Sachübergabe"), während für den Fall der Übergabe des Verfügungspapiers durch einen weder das Gut unmittelbar noch auf Grund des Verfügungspapiers mittelbar Besitzenden, z. B. den nicht durch den Schein legitimierten Einlagerer, die Beantwortung von der Auslegung des BGB. abhängt, davon nämlich, ob man (so Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte 345) bereits für das gemeinbürgerliche Recht (bei Anwendung der §§ 870, 931 BGB.) das „Verschaffen" des Herausgabeanspruchs dem „Abtreten" gleichstellt. [In einem Fall der Übergabe eines vom Einlagerer ausgestellten „Verfügungsscheins", der also nicht Verfügungspapier war, nahm RG. 49 100 das Vorliegen einer Abtretung des Herausgabeanspruchs an. Ebenso OLG. Hamburg 28 II 05 OLGRspr. 10 409 bei Übergabe eines Konnossement-Anteilscheins seitens des legitimierten Konnossementinhabers an einen Dritten.]

Ob nur Ähnlichkeit oder Gleichheit vorliegt, kann aber dahingestellt bleiben, denn wenn selbst ersteres anzunehmen wäre, würden doch, soweit das BGB. eine Verschiedenheit der Folgen bei Übertragung unmittelbaren und bei Übertragung mittelbaren Besitzes eintreten läßt (z. B. BGB. §§ 933, 934, 936 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, 1205 Abs. 2), die Folgen der Übertragung mittelbaren Besitzes an die Übertragung durch Verfügungspapier geknüpft werden müssen.

Die herrschende Meinung scheitert daran, daß wenn man in § 424 „Übergabe" als „Übertragung unmittelbaren Besitzes" auslegen wollte, der § 424 mindestens für den einen Fall des Erwerbs des Besitzes (der im Sinn des § 424 eins der dort erwähnten „Rechte" ist, vgl. P. 4020, 4031, unten Anm. IIb 1; dagegen KG. 19 III 02 OLGRspr. 6 97,

Heymann Traditionspapiere 176) etwas Unrichtiges aussagen würde. Denn es ist unrichtig, daß die Übertragung des unmittelbaren Besitzes des Lagerscheins an denjenigen, der durch den Schein zur Empfangnahme des Guts legitimiert wird, für den Erwerb von Rechten an dem Gut dieselben Wirkungen hat wie die Übertragung des unmittelbaren Besitzes am Gut. Vielmehr wird in letzterem Fall unmittelbarer Besitz am Gut, und in ersterem Fall nur mittelbarer Besitz am Gut erworben.

Aber selbst, wenn man zugeben wollte, daß § 424 nichts über den Erwerb eines Besitzrechts aussagen will, so würde die herrschende Meinung auch daran scheitern, daß, wenn man in § 424 „Übergabe" als „Übertragung unmittelbaren Besitzes" auslegen wollte, der § 424 auch für den ferneren Fall etwas Unrichtiges aussagen würde, daß nach Übernahme des Guts durch den Lagerhalter und Ausstellung des Lagerscheins ein Dritter auf Grund gutgläubigen Erwerbs des Guts Eigentum am Gut erworben hat. Denn in solchem Fall würde die spätere Übergabe des Lagerscheins kein Recht am Gut übertragen, während durch Übergabe des unmittelbaren Besitzes am Gut je nach den begleitenden Abreden z. B. Eigentum, Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht des Empfängers entstehen würde.

Der tatsächliche Unterschied zwischen körperlicher Übergabe des Guts und Übertragung eines Stücks Papier, das in sich keine Gewähr dafür bietet, daß das Verbriefte in Wahrheit noch zur Verfügung steht, läßt sich eben durch keinerlei Rechtsunterstellung aus der Welt schaffen.

2. Ist die Wirkung der Verfügungspapier-Übergabe überhaupt nicht zurückführbar auf die Grundsätze des BGB. über Übertragung des Besitzes (sei es mittelbaren oder unmittelbaren)?

Dies scheint Heymann Traditionspapiere S. 146 behaupten zu wollen: „lehnen eine Zurückführung der Traditionspapierwirkung auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze ab." An anderen Stellen greift er dann aber dennoch auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurück; er läßt (S. 233) „die allgemeinen Regeln des Sachenrechtserwerbs gelten" und mithin z. B. Eigentumserwerb durch Papierübergabe nicht eintreten, wenn (BGB. § 935) die Ware, über welche das Papier lautet, gestohlen oder verloren war.

Heymann bekämpft (S. 161) die Ansicht, daß durch Papierübergabe nie ein Recht am Gut übergehen könne, wenn der Papierinhaber nicht in der Lage sei, mittelbaren Besitz zu übertragen. Die so bekämpfte Ansicht ist hier aber nicht vertreten; vielmehr ist anerkannt (oben Anm. Ib), daß unter besonderen Umständen — wie bei jeder Abtretung des Herausgabeanspruchs (vgl. BGB. § 934) — dingliche Rechte erlangt werden können, auch wenn der Abtreter zurzeit nicht im mittelbaren Besitz ist. Andererseits würde die von Heymann S. 161ff. vertretene Ansicht, wonach bei Rechtserwerb durch Übergabe von Verfügungspapieren „die Rechtserwerbsfrage von der Besitzfrage völlig losgelöst" ist, wenn sie durchgeführt würde, eine Überspannung des in § 424 zum Ausdruck gelangten Gedankens zu ungunsten der Personen enthalten, die inzwischen gutgläubig Rechte am Gut erwerben, ohne daß sie doch diesem Gut ansehen können, daß darüber ein Verfügungspapier ausgestellt ist. Der Ausgleich gegenüber diesen Rechten Dritter ist aber in befriedigender Weise in den Bestimmungen des BGB. über Eigentumserwerb unter Übertragung mittelbaren Besitzes gegeben, und auch Heymann (S. 215) ist gezwungen, zu gunsten dritter gutgläubiger Erwerber eine Einschränkung zuzugestehen, trotzdem doch bei der von ihm vertretenen Auslegung des § 424 diese Ausnahme nicht aus § 424 entnehmbar ist.

Der von Heymann angetretene geschichtliche Beweis erscheint nicht entscheidend, falls zugegeben werden muß, daß, wie vorstehend gezeigt, der Wortlaut des jetzigen Gesetzes, wenn man die Auslegung Heymanns als maßgebend gelten läßt, etwas vorschreiben würde, was Heymann selbst nicht für ausnahmslos richtig hält.

Sein Versuch der Widerlegung aus der Möglichkeit gleichzeitiger Bestellung von Eigentum und Pfandrecht durch Übergabe mehrerer Konnossementsexemplare an verschiedene Personen erscheint nicht stichhaltig, denn auch nach den Bestimmungen des BGB. muß für zulässig erachtet werden, daß der Herausgabeanspruch voll auf Grund dinglicher Einigung

über Pfandbestellung (mit folgender Anzeige an den Besitzer) dem Pfandgläubiger abgetreten wird und daß gleichzeitig oder nachträglich derselbe Herausgabeanspruch gleichfalls für das Verhältnis zum jetzigen Besitzer voll (d. h. mit dem Anspruch auf Übertragung zu alleinigem, nicht nur zu Mitbesitz) — aber für das Verhältnis des Abtretungsempfängers zum Pfandgläubiger inhaltlich beschränkt durch das belastende Recht des letzteren — auf Grund dinglicher Einigung über Eigentumsübergang abgetreten wird; wollte man mit Heymann S. 221 dies nicht für wirksam erachten, so würde niemals unter Abtretung des Herausgabeanspruchs Eigentum übertragen werden können, wenn die herauszugebende Sache mit einem zum unmittelbaren Besitz berechtigenden Recht eines Dritten, z. B. auch mit dem Pfandrecht des unmittelbaren Besitzers, belastet ist, eine Einschränkung die aus BGB. § 931 nicht zu entnehmen ist. Nach Abtretung des Herausgabeanspruchs zwecks Pfandbestellung bleibt bei dem Eigentümer ein Herausgabeanspruch gleichen Inhalts (gerichtet gegen jeden jetzigen oder künftigen Besitzer, einschließlich des Pfandgläubigers) zurück; nur daß dieser Anspruch nicht zum Nachteil des Pfandgläubigers geltend gemacht werden kann; daher kann dieser Anspruch, der allerdings künftig ein inhaltlich so beschränkter ist, noch wiederholt sei es zwecks Bestellung nachstehender Pfandrechte, sei es zwecks Eigentumsübertragung abgetreten werden; erst nach Abtretung zwecks Eigentumsübertragung verbleibt kein Herausgabeanspruch mehr bei dem Abtreter zurück. Ob die Sondervorschriften der §§ 648, 649 HGB. über die Wirkung einer Ausstellung mehrerer Konnossemente mit den Regeln des BGB. übereinstimmen oder nicht, ist für die hier erörterte Frage unerheblich, da auch in letzterem Fall die §§ 648, 649 als Sondervorschrift maßgebend sind.

Der § 424 besagt nicht, daß durch Übergabe eines nichtindossierten Lagerscheins (sei es, daß er an Order des Erwerbers ausgestellt oder ihm durch Abtretung übertragen ist) stets Rechte gleichen Umfangs übertragen werden, wie durch Übergabe eines indossierten Lagerscheins an denjenigen, auf den das Indossament lautet. Der § 424 besagt auch nicht: „durch Übergabe des Lagerscheins geht Eigentum bezw. das sonst vereinbarte dingliche Recht über." Er besagt nur, daß die „Übergabe des Lagerscheins dieselben Wirkungen hat wie die Übergabe des Guts". Damit zwingt er zu der Frage: „Welche Wirkungen hat die Übergabe des Guts?" Diese Frage kann nur aus dem BGB. (das je nach dem im Einzelfall bestehenden Besitz- und Eigentumsverhältnis am Gut verschiedene Entscheidung trifft), nicht — wie Heymann will — ohne Rücksicht hierauf beantwortet werden. Daher kann nur zweifelhaft sein: „Ist durch die Worte ‚Übergabe des Guts' auf die Vorschriften des BGB. betreffs Übertragung des unmittelbaren oder auf die Vorschriften des BGB. betreffs Übertragung des mittelbaren Besitzes verwiesen"? Die Beantwortung der letzteren Frage ist oben zu 1 versucht, und es mag sich darüber streiten lassen, ob diese Beantwortung richtig oder falsch ist. Jedenfalls aber erscheint die anscheinend von Heymann vertretene dritte Ansicht, wonach keine der beiden erwähnten Vorschriftsreihen des BGB. maßgebend sein soll, nicht vereinbar mit dem Wortlaut des § 424.

Richtig ist, daß auch die hier vertretene Ansicht in einem Punkt, nämlich bezüglich Notwendigkeit einer Anzeige bei Pfandbestellung ohne Indossierung (unten Anm. IIb 5 β), zu einem gesetzgeberisch unerwünschten Ergebnis führt. Indessen läßt der hieraus erwachsende Übelstand sich mildern durch Indossierung (unten Anm. IIb 5 γ), die ohnedies tatsächlich fast in allen Fällen vorliegen muß, wenn die Voraussetzung des § 424, daß der Erwerber durch den Schein legitimiert ist, erfüllt sein soll (vgl. jedoch oben Anm. Ic 2); im übrigen erscheint nur Abhilfe im Weg der Gesetzgebung möglich, indem für den Fall einer Pfandbestellung durch Übertragung eines Verfügungspapiers eine Ausnahme von der in BGB. § 1205 Abs. 2 vorgeschriebenen Notwendigkeit einer Anzeige an den unmittelbaren Besitzer zugelassen wird, sei es durch gänzlichen Fortfall oder doch durch anderweiten Ersatz dieser Anzeige.

b. **Erwerb von Rechten am Gut.** Bei Zugrundlegung der vorstehend zu a vertretenen Ansicht ergeben sich folgende Folgerungen für den Erwerb der einzelnen hauptsächlich in Betracht kommenden dinglichen Rechte durch Übergabe eines Verfügungspapiers an den durch den

Schein zur Empfangnahme des Guts Legitimierten („Papierberechtigten") unter der Voraussetzung, daß der Aussteller oder (vgl. z. B. § 449) sein Rechtsnachfolger („Papierverpflichteter") das Gut übernommen hat:

1. Besitzerwerb. Durch Übergabe des Verfügungspapiers an den Papierberechtigten erwirbt letzterer Besitz am Gut (nur im Ergebnis ebenso Heymann Traditionspapiere 148). Indessen nur mittelbaren Besitz (oben zu a). Er hat daher gegen den Papierverpflichteten keinen Gerichtsschutz auf Grund seines Besitzes, sondern nur auf Grund eines etwa bestehenden sonstigen dinglichen Rechts (z. B. Eigentums), und er hat ferner das verbriefte Forderungsrecht (§ 444 Anm. II). Dritten gegenüber hat er dagegen Besitzesschutz gemäß BGB. § 869. Er hat, wenn er nicht Eigentümer des Guts ist, das Recht, der später für einen Dritten bewirkten Pfändung des Guts zu widersprechen und ist nicht gemäß CPO. § 805 auf einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös beschränkt (RG. 9 427). Wenn der Papierberechtigte das Papier besitzt, so wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, daß er durch Übergabe in den Besitz des Papiers gelangt ist (RG. 4 147). Über die Einwirkung eines nachträglichen Besitzverlusts des Papierverpflichteten auf den Besitz des Papierberechtigten am Gut vgl. oben Anm. Ib 2. — Wollte man den § 424 nicht auf den Besitzerwerb beziehen (vgl. oben zu a), so würde es an jeder Vorschrift darüber mangeln, welche Wirkung die Übergabe des Verfügungspapiers in Ansehung des mittelbaren Besitzes des bisherigen Papierberechtigten und des neuen Papierberechtigten hat.
2. Eigentumserwerb. Nicht jede Besitzübertragung an einer beweglichen Sache überträgt gleichzeitig Eigentum an der Sache. Ebenso erwirbt nicht durch jede Übertragung des Besitzes eines Verfügungspapiers an den Papierberechtigten letzterer gleichzeitig Eigentum am Gut; vielmehr erwirbt er bald das Eigentum, bald nur den Besitz, je nachdem, in welchem Sinn die Übertragung stattgefunden hat (RG. 5 80, 12 83, Bolze 16 Nr. 38), d. h. je nachdem, ob eine dingliche Einigung über Eigentumsübertragung stattgefunden hat oder nicht. Der Wille der Eigentumsübertragung wird jedoch bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, wenn der Papierberechtigte durch Vollindossament legitimiert ist (RG. 4 148, 32 29; vgl. § 364 Anm. IIIa). In welchen Fällen hiernach trotz Besitzerwerb am Verfügungspapier Annahmeverzug bezüglich des Guts vorliegen kann, vgl. § 373 Anm. Vb 2. In welchen Fällen trotz Übergabe des Verfügungspapiers Leistungsverzug des zur Übergabe des Guts Verpflichteten vorkommen kann, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. Vc 3. Der § 986 Abs. 2 BGB. kann nicht Anwendung finden, insoweit ihm die durch Ausstellung eines Verfügungspapiers übernommene selbständige Verpflichtung des Papierverpflichteten gegenüber dem jedesmaligen Papierberechtigten entgegensteht.
3. Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten insbesondere.
   - α. Wird das Gut, über welches ein Verfügungspapier ausgestellt ist, durch einen Nichtberechtigten (z. B. den Aussteller des Verfügungspapiers) an einen Dritten ohne Rücksicht auf das Papier veräußert, so hindert das Vorhandensein eines Papierberechtigten nicht den etwaigen Eigentumserwerb des Dritten; hierfür sind vielmehr die gewöhnlichen Regeln über Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten (BGB. §§ 932 ff., HGB. § 366) maßgebend.
   - β. Wird das Verfügungspapier, auf Grund dinglicher Einigung über Eigentumserwerb am Gut, durch einen Nichtberechtigten an den nach Inhalt des Papiers Legitimierten übertragen, so sind die Regeln über Erwerb des Guts von einem Nichtberechtigten gleichfalls maßgebend (RG. 28 42). Doch ist nach der hier vertretenen Ansicht (oben Anm. IIa) nicht BGB. § 932, sondern es ist BGB. §§ 933, 934 entsprechend anzuwenden (dagegen Staub § 365 Anm. 10, Düringer-Hachenburg Anm. III 4a).

     War also der (das Gut besitzende, oben Anm. Ib) Papierverpflichtete der in eigenem Namen Veräußernde (dieser Fall wird selten vorkommen), so wird der Erwerber des Verfügungspapiers hiernach zunächst nicht Eigentümer des Guts, sondern erst, wenn ihm demnächst auch das Gut übergeben wird und er in letzterem Zeitpunkt gutgläubig ist (BGB. § 933). So z. B., wenn der Frachtführer A ohne

Ermächtigung des Absenders B einen Ladeschein an Order des C ausstellt und dem C in der irrigen Meinung, selbst Eigentümer des Guts oder vom Eigentümer ermächtigt zu sein, das Gut unter Übergabe des Ladescheins in eigenem Namen verkauft.

War ein anderer als der das Gut besitzende Papierverpflichtete der Veräußerer, so wird der Erwerber des Verfügungspapiers, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer des Guts ist, mit der Übergabe des den Erwerber legitimierenden Verfügungspapiers, anderenfalls dann Eigentümer des Guts, wenn er den Besitz des Guts von dem Dritten erlangt, es sei denn, daß er im ersten Fall zur Zeit der Übergabe des Verfügungspapiers, im zweiten Fall zur Zeit des Besitzerwerbs am Gut nicht in gutem Glauben ist (BGB. § 934). Veräußert z. B. in obigem Beispiel der Nichteigentümer C das Gut weiter an den gutgläubigen D, indem er diesem den von C an D indossierten Ladeschein übergibt, so wird mit der Übergabe des Ladescheins D Eigentümer des Guts, da C mittelbarer Besitzer war. Hatte aber vor dieser Veräußerung C den Besitz am Gut verloren (indem z. B. A es infolge einer Verwechselung dem E ausgehändigt hatte), so erwirbt D Eigentum erst, wenn er von E den Besitz am Gut erlangt (sei es unmittelbar, sei es durch Rückgabe des Guts seitens des E an A) und zu dieser Zeit gutgläubig ist. Hat ein Papierberechtigter (der vermöge des Papiers mittelbarer Besitzer war; anderenfalls vgl. oben Anm. Ib) das Gut unter Übergabe des Verfügungspapiers und Herstellung der papiermäßigen Legitimation an einen gutgläubigen Dritten veräußert, so hat mithin, da der Dritte mit der Übergabe Eigentum erworben hat, der Verkäufer oder Einkaufskommissionär wegen Konkurseröffnung über das Vermögen jenes früheren Papierberechtigten kein Verfolgungsrecht auch gegenüber dem Dritten (RG. 32 20).

Beruht der Erwerb des Papierberechtigten auf einem Indossament, und sind für den Papierberechtigten die Regeln über Schutz des guten Glaubens bei Erwerb durch Indossament günstiger, als die allgemeinen Regeln des BGB. über Schutz des guten Glaubens, so kann er sich, wenn es sich nur um den Widerstreit zwischen mehreren einander folgenden Papierberechtigten handelt, auf jene ihm günstigeren Regeln des Indossamentserwerbs berufen; nicht aber auch, wenn es sich um den Widerstreit des durch Indossament Legitimierten mit einem anderen handelt, der unabhängig vom Papiererwerb unmittelbar am Gut Rechte erworben hat. Hat z. B. der geschäftsunfähige Papierberechtigte B an C und C an den gutgläubigen D indossiert und das Verfügungspapier übergeben, so ist D und nicht mehr B der Eigentümer des Guts (§ 365 Anm. III, Staub § 365 Anm. 10). Hat jedoch vor oder nach Übergabe des indossierten Papiers an D der Frachtführer A infolge einer Verwechselung das Gut an E ausgeliefert und dieser es an den gutgläubigen F verkauft und übergeben, so ist nunmehr F und nicht mehr D der Eigentümer (oben Anm. Ib 2).

4. Wirkung des Eigentumserwerbs auf belastende Rechte Dritter. Letztere erlöschen, wenn der das Gut besitzende Papierverpflichtete der Veräußerer ist oder wenn zwar ein anderer der Veräußerer, nicht aber zugleich mittelbarer Besitzer des Guts ist, erst dann, wenn der gutgläubige Erwerber auf Grund der Veräußerung, d. h. im ersten Fall durch Übertragung des unmittelbaren Besitzes seitens des Papierverpflichteten, im zweiten Fall (abweichend herrschende Meinung) durch Besitzübertragung seitens des Dritten (Planck[a] § 936 Anm. 2a), den Besitz des Guts erlangt (BGB. § 936 Abs. 1 Satz 3); anderenfalls mit dem gutgläubigen Erwerb des Eigentums (BGB. § 936 Abs. 1 Satz 1). Hat also der Frachtführer A den von ihm ausgestellten Ladeschein über das in seinem Eigentum stehende aber mit dem gesetzlichen Pfandrecht des Vormanns E belastete Gut an den Papierberechtigten C zwecks Eigentumsübertragung am Gut übergeben, so erlischt hierdurch noch nicht das Pfandrecht des E, selbst wenn es im Ladeschein nicht erwähnt ist; A allerdings kann es gegen C nicht geltend machen, und durch Weiterveräußerung des mittelbaren Besitzers C an den gutgläubigen D oder durch Aushändigung des Guts seitens A an C erlischt es auch im Verhältnis zu E. Hat dagegen der Absender B, der Eigentümer des Guts ist, sich vom Frachtführer A einen auf C lautenden Ladeschein aushändigen lassen,

und übergibt er zwecks Eigentumsübertragung dem C den Ladeschein, so erlischt sofort das gesetzliche Pfandrecht des Vormanns E, wenn C es nicht kannte; kannte C es jedoch, so erlischt es zwar gegenüber E nicht, doch kann A es nicht gegen C geltend machen, falls es nicht im Ladeschein erwähnt ist. — Ist ein anderer als ein das Gut besitzender Papierverpflichteter der Veräußerer, und besteht am Gut ein belastendes Recht des unmittelbaren Besitzers des Guts (vgl. BGB. § 936 Abs. 3), so kann der Fall, daß auf Grund der Übergabe des Verfügungspapiers Eigentum erworben wird, solange nicht vorkommen, wie ein anderer als der Papierverpflichtete unmittelbarer Besitzer des Guts ist (oben Anm. Ib, IIb 3). Ist aber der Papierverpflichtete unmittelbarer Besitzer des Guts, so geht sein belastendes Recht zunächst nicht unter (BGB. § 936 Abs. 3; dagegen Staub § 365 Anm. 10, Düringer-Hachenburg Vorbem. III zu §§ 366, 367, Anm. III 4b zu § 424, anscheinend auch D. 213: „sofern es nicht etwa durch gutgläubigen Erwerb erloschen ist"); nur gegenüber dem **Papierberechtigten** kann er — abweichend von der Regel des BGB. § 936 Abs. 3 — sein im Verfügungspapier nicht erwähntes belastendes Recht nicht geltend machen, weil hieran die durch Ausstellung des Verfügungspapiers eingegangene selbständige Verpflichtung ihn hindert. Hat also z. B. der Absender B, der Eigentümer des Guts ist, sich vom Frachtführer A einen auf C lautenden Ladeschein, in welchem das Pfandrecht des A nicht erwähnt ist, aushändigen lassen, und übergibt er zwecks Eigentumsübertragung dem C diesen Ladeschein, gibt demnächst C den Ladeschein unindossiert an B zurück, ohne an B Eigentum zurückzuübertragen, und weist B gemäß § 447 Abs. 3 unter Rückgabe des Ladescheins den A an, das Gut an C auszuliefern, so kann A nunmehr gegen alle Beteiligten sein Pfandrecht geltend machen; durch den Eigentumserwerb des C war es nicht untergegangen.

5. **Pfandrechtserwerb.** Der Papierberechtigte, der durch Übergabe des Papiers mittelbaren Besitz am Gut erworben hat (oben zu 1), erwirbt ein vertragliches bezw. gesetzliches Pfandrecht am Gut, wenn die übrigen allgemeinen Voraussetzungen für das Entstehen eines vertraglichen bezw. gesetzlichen Pfandrechts gegeben sind (vgl. ROH. 25 356). Nach der hier vertretenen Ansicht (oben Anm. IIa) ist jedoch nicht BGB. § 1205 Abs. 1, sondern BGB. § 1205 Abs. 2 anwendbar. Hieraus ergeben sich für den Fall einer dinglichen Einigung über Pfandbestellung unter anderen folgende Folgerungen (abweichend Staub § 368 Anm. 13ff., 76, 77, § 366 Anm. 57).

   α. **Ist Pfandbesteller der das Gut besitzende Papierverpflichtete**, so entsteht durch Übergabe des Verfügungspapiers seitens dieses Papierverpflichteten an den Papierberechtigten kein Pfandrecht des letzteren am Gut, da hierin keine Übergabe des Guts, sondern nur ein Besitzvertrag bezüglich des letzteren läge.

   β. **Ist Pfandbesteller ein anderer als ein das Gut besitzender Papierverpflichteter**, so entsteht durch eine **nicht auf ein Indossament** gegründete Übergabe des Verfügungspapiers an den Papierberechtigten ein Pfandrecht des letzteren am Gut nur dann, wenn eine Benachrichtigung an den Papierverpflichteten hinzukommt (BGB. § 1205 Abs. 2). Ebenso entsteht auch an dem verbrieften Herausgabeanspruch ein Pfandrecht nur durch Übergabe des Papiers mit hinzukommender Benachrichtigung an den Papierverpflichteten (BGB. § 1274 Abs. 1 Satz 2, vgl. § 1280). So z. B., wenn der Absender B den von A ausgestellten, auf den Namen des C lautenden Ladeschein dem C zwecks Pfandbestellung übergibt: B muß den A benachrichtigen. Allerdings hat auch **ohne** Benachrichtigung C gegen A ein selbständiges **Forderungsrecht** auf Grund des Ladescheins; aber z. B. ein von C auf Grund seiner formellen Legitimation veranlaßter Pfandverkauf des Guts oder eine versuchte Einziehung des Herausgabeanspruchs wären im Verhältnis des C zu B unberechtigte Handlungen.

   γ. **Ist Pfandbesteller ein anderer als ein das Gut besitzender Papierverpflichteter**, so entsteht durch Übergabe des **indossierten** Papiers an den Papierberechtigten ein Pfandrecht des letzteren am Gut nur dann, wenn eine Benachrichtigung an den Papierverpflichteten hinzukommt (BGB. § 1205 Abs. 2, oben zu β;

für die Verpfändung der Sache enthält BGB. § 1292 keine Ausnahme). Dagegen entsteht in diesem Fall ein Pfandrecht an dem verbrieften Herausgabeanspruch auch ohne Benachrichtigung an den Papierverpflichteten. Zur Einziehung des Herausgabeanspruchs ist daher in diesem Fall C nicht nur gegenüber A (oben zu β), sondern (BGB. § 1294) auch gegenüber B berechtigt.

δ. Bezüglich Pfanderwerb vom Nichtberechtigten gilt Entsprechendes wie bezüglich Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten. Näheres ergibt sich aus dem oben zu 3 und 4 Ausgeführten in Verbindung mit § 366 Anm. III, IV, IIc 2. Zu unterscheiden ist die Verpfändung des Guts durch körperliche Übergabe, die Verpfändung des Guts durch Übergabe des Verfügungspapiers erstens seitens des Papierverpflichteten, zweitens seitens eines anderen ohne Indossament, drittens seitens eines anderen mittels Indossament, die Verpfändung des verbrieften Herausgabeanspruchs ohne Indossament und mittels Indossament. Jede dieser Verpfändungsarten hat eine andere Wirkung. Welche, hängt davon ab, wie die grundlegenden aber streitigen in den bezeichneten Anmerkungen erörterten Fragen zu entscheiden sind.

6. Zurückbehaltungsrechts-Erwerb. Über Zurückbehaltungsrecht am Gut auf Grund des Verfügungspapiers und Zurückbehaltungsrecht am Papier als solchem vgl. § 369 Anm. IVe 2, 3. Über Zurückbehaltungsrecht am Gut gegenüber einem nur durch gewöhnliche Abtretung als berechtigt ausgewiesenen Papierinhaber vgl. § 369 Anm. VIc.

c. **Gefahrübergang.** Tragung von Gefahr und Lasten und forderungsrechtlicher Anspruch auf Nutzungen sind keine Rechte „an dem Gut". Für die Frage, wann Gefahr, Lasten und Nutzungen auf den Käufer übergehen, ist daher § 424 nicht unmittelbar anwendbar. Vielmehr verbleibt es, auch wenn Übergabe durch Verfügungspapier vereinbart ist, bei den allgemeinen Regeln des BGB. Bestritten ist (oben Anm. Ic 1), ob in § 446 „Übergabe" auch die Übertragung mittelbaren Besitzes einschließt. Wird dies mit der herrschenden Meinung (dagegen Planck[3] § 446 Anm. 2b) bejaht, so sind §§ 446, 447 BGB. auch auf eine Übergabe durch Verfügungspapier anwendbar. Indessen ist zu beachten, daß die §§ 446, 447 überhaupt nicht zur Anwendung kommen, wenn schon vor dem dort bezeichneten Zeitpunkt der Käufer Eigentümer geworden ist (vgl. auch BGB. § 446 Abs. 2; ebenso Cosack[4] BR. § 122 II, 4, Oertmann[2] § 446 Anm. 1a; dagegen Dernburg[3] 2 § 174 III). Daher greift die Bestimmung des HGB. § 424 mittelbar dahin ein, daß, sobald der Käufer durch Verfügungspapier-Übergabe Eigentümer der Ware geworden ist, die Gefahr sofort auf ihn übergeht (nur im Ergebnis ebenso Düringer-Hachenburg Anm. III 4d und 3 55), auch wenn die ohne Verlangen des Käufers begonnene Versendung der Ware noch nicht vollendet ist (RG. 52 354) oder eine Versendung noch nicht begonnen hat. Nicht zu billigen ist die Ansicht des KG. 15 IV 03 OLGRspr. 8 62, daß der Käufer einer an die Order des Verkäufers nach Ladeschein verladenen Ware gegenüber seinem unmittelbaren Vormann, wenn er dessen Indossament entgegennimmt, im Zweifel nur beanspruchen könne, daß die Ware zu der Zeit, zu welcher sie schon früher von dem Vormann des Verkäufers dem Frachtführer gegen Ladeschein übergeben worden war, mangelfrei war; vielmehr ist anzunehmen, daß der Erwerber im Verhältnis zu seinem unmittelbaren Vormann (Verkäufer) verlangen kann, daß die Ware zur Zeit (BGB. § 459) der Eigentumsübertragung durch Ladescheinübergabe oder des etwaigen früheren aus BGB. § 446 sich ergebenden Zeitpunkts mangelfrei ist.

Sechster Abschnitt.

Frachtgeschäft.

I. Ohne Rücksicht auf Ladeschein-Besonderheiten (§§ 425—443).

§ 425.

Frachtführer.

Frachtführer ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, die Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern auszuführen.

ADH. Art. 390. **Entw. I** § 399. **Entw. II** § 417.

I. **Verhältnis der Vorschriften über den Frachtvertrag zu anderen gesetzlichen Bestimmungen.**

a. **Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.**

1. Allgemeines. Neben den Vorschriften des HGB. über Frachtgeschäfte kommen die allgemeinen Vorschriften des BGB. und dessen besondere Vorschriften über diejenige Gattung von Schuldverhältnissen, unter die das betreffende Frachtgeschäft fällt, ergänzend zur Anwendung. Nimmt man an, daß ein unentgeltlicher Frachtvertrag möglich ist (unten Anm. II b), so ist das hierdurch begründete Schuldverhältnis ein Auftrag im Sinn des BGB. (Lehmann Einl. Nr. 11 zu Abschn. 6). Ein entgeltlicher Frachtvertrag ist Werkvertrag (Str. 66 250, ROH. 20 342, RG. 15 76, 25 112, RG. 11 I 05 JW. 148 [30], Staub Anm. 1, Lehmann Einl. Nr. 1 zu Abschn. 6, Düringer-Hachenburg Vorbem. III 1 vor § 425, Goldmann Nr. 3; so auch vorausgesetzt in D. 256 durch Anführung von BGB. § 645). Im Zweifel auch ein Zeitfrachtvertrag; doch muß bei diesem im Einzelfall geprüft werden, ob in der Tat die Parteien die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs im Auge hatten, oder ob vielmehr nur die Beförderungsgerätschaften oder die Arbeit des Frachtführers bezw. seiner Leute dem Besteller zwecks Verwendung für dessen Rechnung zur Verfügung gestellt werden sollten; im letzteren Fall würde kein Werkvertrag, sondern ein Mietvertrag bezüglich der Beförderungsgerätschaften und ein Dienstvertrag bezüglich der Arbeitsleistung vorliegen (RG. 25 108, 48 92, OLG. Hamburg 19 XII 02 OLGRspr. 7 471, vgl. RG. 1 XII 05 JW. 06 56 [7]). Miet- und Dienstvertrag — nicht Frachtvertrag — liegt auch in Fällen vor, in denen die Vergütung desjenigen, der ohne eigene Verantwortung für den Erfolg das Beförderungsmittel und seine Arbeitskraft einem anderen behufs Ausführung von Beförderungen zur Verfügung stellt (unten

Anm. IIe 3), anders als nach Zeit berechnet ist (ROH. 17 99). Ob der Frachtvertrag ein Werkvertrag „über Geschäftsbesorgung" ist (bejahend Düringer-Hachenburg Vorbem. III 3 vor § 425, Goldmann Nr. 3), hängt davon ab, wie man den Begriff der Geschäftsbesorgung bestimmt, insbesondere, ob man die Besorgung anderer als Rechtsgeschäfte ausschließt (vgl. § 362 Anm. IIa 3).

2. Anwendbarkeit einzelner Vorschriften des BGB. über den Werkvertrag. Im einzelnen ist in mehrfacher Hinsicht zweifelhaft, ob überhaupt oder in welcher Weise die Vorschriften des BGB. neben denen des HGB. über das Frachtgeschäft zur Anwendung kommen. Bezüglich der nachstehenden Paragraphen des BGB. sind einzelne der ihre Anwendung betreffenden Fragen an nachstehend bezeichneten Stellen dieses Kommentars behandelt:

BGB. §§ 293ff. (Annahmeverzug): HGB. § 437 Anm. Ia, b.

BGB. § 323 (Zufällige Unmöglichkeit der Leistung): HGB. § 428 Anm. II, § 459 Anm. VI.

BGB. § 324 (Vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung): HGB. § 428 Anm. II, § 459 Anm. VI.

BGB. § 325 (Vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung): HGB. § 414 Anm. Ia 1, § 428 Anm. II, IIIb 3, § 429 Anm. IId, § 430 Anm. I, § 437 Anm. Ic.

BGB. § 326 (Leistungsverzug): HGB. § 414 Anm. Ia 1, § 429 Anm. IId.

BGB. §§ 372ff., 383ff. (Hinterlegungs- und Verkaufsrecht bei Annahmeverzug): HGB. § 437 Anm. Ia, b.

BGB. § 632 Abs. 2 (Nicht bestimmte Höhe der Vergütung): HGB. § 426 Anm. IIIb 7.

BGB. § 634 (Recht auf Beseitigung eines Mangels des Werks): HGB. § 425 Anm. IIIc, § 429 Anm. IId, § 430 Anm. IIId.

BGB. § 635 (Schadensersatz wegen Mangels des Werks): HGB. § 429 Anm. IId.

BGB. § 636 (Verspätete Herstellung): HGB. § 414 Anm. Ia1, § 425 Anm. IIIc, § 428 Anm. IIIa 1, § 429 Anm. IId. Nur für die durch § 428 Abs. 2 getroffenen Fälle ist BGB. § 636 Satz 1 durch § 428 Abs. 2 ersetzt; der § 428 Abs. 2 erschöpft aber nicht alle in BGB. § 636 Satz 1 enthaltenen Möglichkeiten (§ 428 Anm. IIIa1; dagegen Lehmann § 428 Nr. 13, Düringer-Hachenburg § 428 Anm. V).

BGB. §§ 638, 639 (Verjährung der Ansprüche wegen Mängel): HGB. § 414 Anm. Id. Ob BGB. § 638 auf den Schleppvertrag und den Personenbeförderungsvertrag anwendbar, vgl. § 472 Anm. Ic3.

BGB. § 643 (Kündigungsrecht bei Annahmeverzug hinsichtlich Mitwirkungshandlung): HGB. § 427 Anm. IIc (Nichtübergabe der Begleitpapiere), § 437 (Ablieferungshindernis).

BGB. § 644 (Tragung der Gefahr): HGB. § 430 Anm. IId 2, § 437 Anm. Ia.

BGB. § 645 (Mangel des vom Besteller gelieferten Stoffs): HGB. § 427 Anm. IIc, § 459 Anm. VI.

BGB. § 649 (Kündigung): HGB. § 425 Anm. IIIc.

BGB. § 650 (Kostenanschlag): HGB. § 425 Anm. IIIc.

b. **Verhältnis zu Sonderbestimmungen über Beförderungsverträge.**

1. Personenbeförderung. Die Beförderung von Personen einschließlich ihres Reisegepäcks (unten Anm. IIf) fällt nicht unter die Bestimmungen des Abschnitts 6. Hierüber bestimmt vielmehr für Großeisenbahnen die Eisenbahnverkehrsordnung und in einigen Beziehungen der Abschnitt 7 des HGB. (§ 472 Anm. Ib), für die Binnenschiffahrt das BinnenSchG. §§ 7, 77, 102 Nr. 4, 104 und für die Seeschiffahrt HGB. §§ 664—678. Für Kleinbahnen kommen neben einigen Vorschriften des Abschnitt 7 des HGB. die allgemeinen Regeln über den Werkvertrag zur Anwendung (§ 473 Anm. IIc). Nur letztere (§ 472 Anm. Ic) bei Personenbeförderung mit sonstigen Beförderungsmitteln. Diese

Regeln greifen auch ergänzend ein neben den oben erwähnten Sonderbestimmungen über einzelne Arten des Personenbeförderungsvertrags. — In den Fällen, in denen nach § 1 Abs. 2 Nr. 5, §§ 2—7, § 452 Satz 2 der Beförderer Kaufmann ist, kommen auch §§ 343—372 zur Anwendung. — Ein Personenbeförderungsvertrag, kein Mietvertrag, liegt vor, wenn ein Reitesel in der Weise gedungen wird, daß der Treiber ihn begleiten soll (RG. 18 V 06 JW. 463[10]; vgl. unten Anm. II e 3).

2. Eisenbahngüterbeförderung. Für das Frachtgeschäft der dem öffentlichen Güterverkehr dienenden Eisenbahnen sind in § 454 die Bestimmungen des Abschnitts 6 für insoweit anwendbar erklärt, als nicht in Abschnitt 7 oder in der Eisenbahnverkehrsordnung ein anderes bestimmt ist. Für den Verkehr mit den am Berner Vertrag über den Eisenbahnfrachtverkehr v. 14. Oktober 1890 beteiligten Staaten sind an erster Stelle nicht die Eisenbahnverkehrsordnung (§ 453 Anm. III) und das Handelsgesetzbuch, sondern die Bestimmungen jenes Vertrags und seiner späteren Ergänzungen (§ 453 Anm. II) maßgebend (D. 254). — Über Kleinbahnen vgl. § 473 Anm. II.

3. Binnenschiffgüterbeförderung. Hierüber bestimmt das Binnenschiffahrtsgesetz v. 15 VI 95/20 V 98. In dessen § 26 sind die Vorschriften der §§ 425—427, 430—436, 439—443, 445—451 HGB. für anwendbar erklärt. Die Frachtflößerei untersteht nach wie vor den allgemeinen Bestimmungen des HGB. über das Frachtgeschäft (Löwe FlößG. § 1 Anm. 1a).

4. Seeschiffgüterbeförderung. Der Seefrachtvertrag ist selbständig geordnet in den §§ 556—663.

5. Postgüterbeförderung. Durch §§ 452, 663 ist sie den handelsgesetzlichen Bestimmungen über den Frachtvertrag entrückt, insoweit sie durch Postanstalten des Deutschen Reichs oder der Bundesstaaten erfolgt. Sie ist insoweit durch das Reichspostgesetz v. 28 X 71 mit Abänderungsgesetzen v. 20 XII 75 und 20 XII 99 und die auf Grund des Reichspostgesetzes erlassene Postordnung v. 20 III 00 geregelt (vgl. D. 266). Die Postbeförderung durch andere Anstalten unterliegt den handelsgesetzlichen Vorschriften über das Frachtgeschäft. Nach Reichspostgesetz v. 28 X 71 (RGBl. 347) §§ 1, 2 und G. v. 20 XII 99 (RGBl. 715) Art. 2, 3 ist eine Postbeförderung durch Privatanstalten zulässig nur in Ansehung von Paketen und mit Beschränkung auf die Grenzen einer Ortschaft nur in Ansehung von unverschlossenen, nicht mit der Aufschrift bestimmter Empfänger versehenen Briefen, Karten, Drucksachen und Warenproben.

II. **Begriff des Frachtführers.**

a. **Wer.** Wer aus Übernahme von Frachtgeschäften ein Gewerbe macht, ist Kaufmann (§ 1 Nr. 5). Nach § 451 finden die Vorschriften über Frachtverträge auch Anwendung, wenn ein Kaufmann im Betrieb seines (auf andere Geschäftszweige als Hauptgegenstand gerichteten) Handelsgewerbes eine Beförderung von Gütern zu Land oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern auszuführen übernimmt. Ist aber der Übernehmer der Beförderung nicht Kaufmann, so finden die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über das Frachtgeschäft keine Anwendung (§ 451 Anm. I). In § 452 ist hervorgehoben, daß die Postverwaltungen des Deutschen Reichs und der Bundesstaaten nicht als Kaufleute im Sinn des HGB. gelten, und in §§ 452, 663 sind die handelsrechtlichen Vorschriften über das Frachtgeschäft als nicht auf sie anwendbar erklärt. — Unerheblich ist, ob der Absender Kaufmann ist oder nicht (RG. 20 50). Auch ein Minderkaufmann kann Übernehmer sein (ROH. 12 197).

b. **Gewerbsmäßig.** Vgl. § 1 Anm. II a. Wie aus dem Gegensatz zu § 451 hervorgeht, behandelt § 425 nur den Fall, daß das Gewerbe gerade in der Übernahme der Beförderungsausführung besteht. Darüber, daß dies Merkmal eigentlich in den § 1 und nicht in den Abschnitt über das Frachtgeschäft hätte aufgenommen werden sollen, gilt hier Entsprechendes wie bei der Kommission und Spedition; vgl. daher § 383 Anm. VII. Unerheblich ist, ob die Übernahme der Ausführung von Güterbeförderung der einzige Gewerbszweig des Übernehmers ist oder nur einer unter mehreren Gewerbszweigen (vgl. § 416 Anm. II a 2). So ist Gewerbsfrachtführer z. B. auch der Speditör, der nebenbei gewerbsmäßig Sammelladungsversendungen vornimmt (§ 413 Abs. 2). Ebenso die Eisenbahn oder Seeschiffahrts-

anstalt, die neben Güterbeförderung auch Personenbeförderung auszuführen gewerbsmäßig übernimmt. Über die Frage, ob die Regeln der §§ 425ff. nur auf einen betriebszugehörigen Frachtvertrag Anwendung finden, vgl. § 383 Anm. VIc. Auch ein unentgeltlicher Frachtvertrag kann betriebszugehörig sein (§ 343 Anm. III 48). Die Entgeltlichkeit ist kein notwendiges Merkmal des Frachtvertrags (Lehmann Einl. Nr. 11, Staub Anm. 8, Düringer-Hachenburg Anm. II 1; dagegen ROH. 13 135, Eger Frachtr. 1 9, Dernburg[3] 2 § 326 bei Anm. 6). Wird bei entgeltlicher Versendung bedungen, daß auf Verlangen des Empfängers die Kisten, Fässer oder Decken frei zurückzubefördern sind, so ist auch die Rückbeförderung Teil des entgeltlichen, als ein Ganzes zu betrachtenden Frachtvertrags (abw. LG. Leipzig 11 XI 91 EisenbEntsch. 9 98). — Über die Frage, ob im § 407 unter „Frachtführer" nur ein Gewerbsfrachtführer verstanden ist, vgl. § 407 Anm. IIi.

c. **Übernimmt.** Vgl. § 383 Anm. VId, § 416 Anm. IId. Abweichend vom ADH. ist der Schwerpunkt auf die gewerbsmäßige Übernahme der Beförderung, nicht auf die Ausführung gelegt (D. 255). — „Übernimmt" bedeutet „einem anderen gegenüber die Verpflichtung übernimmt." Nicht Frachtführer ist daher wer ohne solche Verpflichtungsübernahme gewerbsmäßig befördert, z. B. nicht der Fabrikant, der im Innern seines Geschäftsbetriebs Gegenstände von einer seiner Anstalten zur anderen befördert, oder der Wandergewerbetreibende, der von einem Ort zum andern Ware mitführt (Staub Anm. 9). So selbst, wenn der beförderte Gegenstand nicht Eigentum des Beförderers ist, z. B. der Fabrikant fremden Stoff zu bearbeiten hat oder der Wandergewerbetreibende nur Kommissionsware bei sich führt. — Daß die Ausstellung von Frachtbriefen bei der betreffenden Beförderungsart üblich sei, ist kein Erfordernis des Frachtvertrags (ROH. 12 198).

d. **Auszuführen.** Das heißt: „unter eigener Verantwortung durchzuführen." Oder, was hiermit gleichbedeutend, „für eigene Rechnung (ROH. 20 342, RG. 25 112, RG. 17 III 00 JW. 395[16]; dagegen RG. 17 IV 01 JW. 397[4]: ‚in eigenem Namen') im Verhältnis zum Absender". Ob auch Dritten gegenüber für eigene Rechnung, ist dagegen unerheblich; Frachtführer kann auch sein, wer sein Frachtgewerbe nur für Rechnung eines Dritten betreibt, z. B. in der Schwebezeit vor endgültiger Übernahme des Betriebs durch den Dritten oder bei einem Kartell mit gesonderter juristischer Persönlichkeit und bestehender Verpflichtung der Einzelunternehmungen auf Ablieferung des Reinertrags an das Kartell. Das Merkmal, daß der Frachtführer im Verhältnis zum Absender für eigene Rechnung zu befördern hat, unterscheidet ihn sowohl vom Speditör wie von den Frachtvertragsvermittlern (vgl. § 407 Anm. IIe, f). — Für den Begriff des Frachtführers ist unerheblich, ob er die Beförderung selbst (oder durch seine Leute) ausführt, oder ob er sie durch Unterfrachtführer ausführen läßt (D. 255, ROH. 9 90). Im Zweifel ist er im Verhältnis zum Absender berechtigt, auch die letztere Art der Ausführung zu wählen. Doch bleibt er ihm auch in diesem Fall verantwortlich für die Ausführung (§ 432 Abs. 1).

e. **Beförderung.**

1. Ortsveränderung an einen Bestimmungsort. Die Beförderung braucht nicht von einer Ortschaft zur anderen, sondern kann auch innerhalb derselben Ortschaft geschehen (ROH. 12 198, RG. 20 51); Frachtführer ist daher auch eine Anstalt für Paketbeförderung innerhalb einer Ortschaft, für Beförderung von Möbeln bei Umzügen, für Beförderung des mit der Eisenbahn ankommenden Frachtguts ins Haus. Es genügt nicht, daß eine Ortsveränderung überhaupt bewirkt werden soll, sondern es muß Fortbewegung an einen (genau oder weniger genau, § 426 Anm. IIIb 4) bestimmten Ort vereinbart sein. Ein Vertrag über Fortbewegung von Müll oder Dung ist daher kein Frachtgeschäft, wenn der Fortbeweger den Müll oder Dung behalten oder an beliebiger Stelle fortwerfen darf (KG. 6 VI 04 OLGRspr. 9 237, vgl. Staub Anm. 9, Lehmann Einl. Nr. 12 zu Abschn. 6); er ist dagegen ein Frachtgeschäft, wenn der Müll auf ein bestimmtes, zu erhöhendes Grundstück oder der Dung auf einen bestimmten Acker abgeladen werden soll (zust. Düringer-Hachenburg Anm. II 2b). — Keine Ortsveränderung liegt in der Zuweisung der einzelnen Stücke einer von außerhalb ankommenden Sammelladung an den diese einzelnen Stücke zwecks Weiterbeförderung abholenden Frachtführer; jener Vermittler ist daher nicht Fracht-

führer (KG. 27 II 01 KGBl. 43). Dagegen schließt einen Frachtvertrag, wer übernimmt, Ware von einem Schiff auf einen Leichter zu laden und demnächst mit diesem an ein neues Schiff oder an einen Löschplatz zu überführen, einstweilen aber, bis zur Benennung des neuen Schiffs oder Löschplatzes, auf dem Leichter zu verwahren (RG. 49 93, Bolze 20 Nr. 476, OLG. Hamburg 15 II 01 OLGRspr. 2 281).

2. Beförderungsmittel. Unerheblich für den Begriff des Frachtführers ist, welche Beförderungsmittel, und ob er auf der ganzen Reise dasselbe Beförderungsmittel benutzt (ROH 9 90). Ebenso, wer Eigentümer der Beförderungsmittel ist (Str. 61 129, ROH. 20 342, RG. 25 112). So kann — wie z. B. auf Grund der Klausel „frei Dampf" (Bolze 14 Nr. 406c) — der Speditör (§ 412 Anm. IIb, vgl. Bolze 23 Nr. 439) oder ein anderer Absender (GruchotsBeitr. 30 152) die Benutzung seiner eigenen Beförderungsmittel vorschreiben oder gestatten oder (Bolze 7 Nr. 539) fremde Beförderungsmittel stellen, und der Frachtführer kann sich geliehener oder gemieteter Beförderungsmittel bedienen. Ebenso ist unerheblich, welcher Art die benutzten Beförderungsmittel sind. Sowohl unbelebte (z. B. Eisenbahn, Schiff), wie belebte (z. B. Träger, Lasttier) können benutzt werden; in der Regel werden gleichzeitig beide dem Zweck dienstbar gemacht (außer der Lokomotive und den Eisenbahnwagen auch der Lokomotivführer, außer dem Lasttier und dessen Führer auch Sattel und Riemen, außer dem Wagen auch die Pferde und der Kutscher). Frachtführer, wenngleich in der Regel Minderkaufmann, ist der gewöhnliche Fuhrmann (ROH. 12 197). Ebenso der mittels eines Lastesels befördernde Eseltreiber (vgl. RG. 18 V 06 JW. 463[20]). Sowohl mittels selbständiger Kraftäußerung wie mittels Leitens einer außerhalb vorhandenen Kraft in bestimmte Bahnen kann die Beförderung erfolgen; beides geht ineinander über, da auch das Leiten eine selbständige Kraftäußerung erfordert. Auch die eigene Fortbewegungskraft des zu befördernden Gegenstands kann benutzt werden (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. II 2b; dagegen CosackHR. § 85 I 1a); so z. B. bei Viehtreiben (ROH. 13 133) oder bei Beförderung eines Dampfschiffs oder eines Selbstfahrers vom Erzeugungs- zum Ablieferungsort unter Benutzung seiner eigenen Maschinenkraft. Anwendung besonderer äußerer Beförderungsmittel ist überhaupt nicht erforderlich (RG. 6 100). Auch wer nur die eigene Körperkraft zur Gutsbeförderung benutzt, kann trotzdem Frachtführer sein (Staub Anm. 2, Lehmann Nr. 1, Düringer-Hachenburg Anm. II 2b; dagegen CosackHR. § 85 I 1a). So ist Frachtführer der selbständige Packträger (D. 257). Ebenso ein sonstiger gewerbsmäßig Güter befördernder Fußbote (dagegen M. 168; dahingestellt ROH. 13 134). Insbesondere auch der selbständige Dienstmann (ebenso Staub Anm. 2, Düringer-Hachenburg Anm. II 2b; dagegen Lehmann Nr. 1); zwar bietet er sich nicht nur zur Güterbeförderung, sondern auch zu anderen Diensten an, aber ersteres ist keine Nebentätigkeit, sondern (oben Anm. IIb) eine der mehreren von ihm gewerbsmäßig ausgeübten Tätigkeiten. Über Gepäckträger bei Eisenbahnen vgl. § 458 Anm. IIIc.

3. Inhalt der Beförderungspflicht. Nicht die „Beförderung" übernimmt, wer nur einzelne Dienste bei der Beförderung zu leisten sich verpflichtet, während derjenige, dem er sie verspricht, verantwortlich für den Erfolg bleiben soll. Mithin z. B. nicht der Kutscher, der sich zu unselbständiger Tätigkeit verdingt. Nicht derjenige Viehtreiber, der — ohne eine selbständige Verantwortung für die Ausführung zu übernehmen — einen Dienstvertrag schließt (ROH. 13 135). Nicht der Posthalter, dem nach seinem Vertrag mit der Postverwaltung nicht freisteht, eine einzelne ihm angesonnene Beförderung abzulehnen, und der für fremde Rechnung (oben Anm. IId) gegen eine nach der Zahl der gestellten Pferde, der Beschaffenheit der Wagen und der zurückgelegten Entfernung, ohne Rücksicht auf die Beschädigungs- oder Verlustgefahr bemessene Vergütung befördert (RG. 17 III 00 JW. 395[16]). Auch nicht das Mitglied eines Frachtführervereins, das sich dem letzteren nicht als Unterfrachtführer, sondern durch Dienstvertrag zur unselbständigen Ausführung der vom Verein geschlossenen Frachtverträge zur Verfügung gestellt hat (ROH. 17 100, vgl. Bolze 21 Nr. 453). Über Rollfuhrunternehmer vgl. 458 Anm. IIId. Man kann ungefähr dasselbe auch so ausdrücken: Frachtführer sei nur, wem nach Inhalt des Vertrags das Gut übergeben

werden soll (vgl. Staub Anm. 4). Versteht man jedoch hier „übergeben" als „unmittelbaren Besitz übertragen", so würde dies nicht auf alle Fälle zutreffen, da dem Frachtführer freisteht (oben zu d), für die ganze Beförderungsstrecke Unterfrachtführer anzunehmen und nur an diese den unmittelbaren Besitz übertragen zu lassen. Es kommt immer darauf an, daß der Übernehmer selbständig verantwortlich für die Durchführung der Beförderung sein soll (vgl. oben zu d). Er muß selbständig und nicht nur gemäß den Anordnungen des Absenders handeln sollen (RG. **25** 110). Ein Frachtvertrag liegt z. B. in der Übernahme von Beförderung lebenden Viehs auf der Eisenbahn (vgl. § 459 Nr. 5, 6), auch wenn die Mitsendung eines vom Absender zu stellenden Beaufsichtigers vorgeschrieben ist; denn letzterer ist nur zu untergeordneten Hilfsleistungen angenommen, die Verantwortung bleibt der Hauptsache nach bei der Eisenbahn. Ebenso in sonstigen Fällen einer Stellung von Hilfsmannschaften durch den Absender (§ 459 Nr. 6, ROH. **12** 199). — Über die Frage, in welchen Fällen eine Stellung des Beförderungsmittels oder der Bedienungsmannschaften auf Zeit ein Frachtvertrag ist, vgl. oben Anm. I a 1.

4. Schleppvertrag. Beim Schleppvertrag ist zu unterscheiden, ob der Geschleppte vom Schlepper im wesentlichen nur Kraft entlehnt, sich aber im übrigen die selbständige Lenkung seines Schiffs (und möglicherweise außerdem den Befehl über die Lenkung des Schleppers, RG. **50** 35) vorbehält, oder ob er auch die Lenkung des geschleppten Schiffs dem Schlepper ganz überläßt. Im ersten Fall liegt nicht Frachtvertrag, sondern in der Regel gewöhnlicher Werkvertrag (ROH. **23** 320, RG. **10** 167, **62** 212), möglicherweise im Einzelfall auch Dienstvertrag (ROH. **23** 322 Anmerkung, OLG. Hamburg 25 X 05 OLGRspr. **11** 416, vgl. oben Anm. I a 1, im letzteren Fall dagegen Frachtvertrag RG. **6** 100) vor. Ein Dienstvertrag z. B., wenn nicht Schleppen von einem Ort zum andern, sondern nur Hilfeleisten beim Verholen des Seedampfers nach näherer Anweisung des Leiters des letzteren bedungen ist (OLG. Hamburg 25 X 05 OLGRspr. **11** 416). Liegt die Leitung in erster Reihe dem Schlepper ob (der z. B. übernommen hat, das zu schleppende Schiff für £ 55 nach Hamburg zu schleppen), hat aber auch der an Bord des geschleppten Schiffs befindliche Lotse die Kurshaltung zu beaufsichtigen und bei Fehlern einzugreifen, so liegt kein Dienstvertrag, sondern Werkvertrag vor (RG. **59** 308) und zwar ist wohl auch ein solcher Werkvertrag Frachtvertrag. Wird durch Verschulden einer Person der Besatzung des Schleppers die Ladung des geschleppten Schiffs beschädigt, so hat, selbst wenn der Führer des geschleppten Schiffs auf Haftung des Schleppers seinerseits verzichtet hatte, der Eigentümer der beschädigten Ladung einen außervertraglichen Schadensersatzanspruch (BGB. §§ 823, 826) gegen den Schädiger und (BinnenSchG. § 3, HGB. § 485), wenn die Schadenszufügung in Ausführung der Dienstverrichtungen erfolgte, auch gegen den Eigner des Schleppers (RG. 16 V 06 JW. 444[34]) mit Beschränkung auf Schiff und Fracht (BinnenSchG. § 4 Nr. 3, HGB. § 486 Nr. 3). Der Schleppvertrag erlischt, wenn die Vollendung der Reise unmöglich wird (RG. **62** 213). Solange dies nicht der Fall, hat der Schlepper, auch wenn die Verbindung mit dem geschleppten Kahn unterbrochen wird, die Pflicht, möglichst zu verhindern, daß diesen ein Unfall trifft, und er hat bei eingetretenem Unfall, wenngleich gegen besondere Vergütung, Hilfe zu leisten (RG. **62** 213). Wann die Ansprüche verjähren, vgl. § 472 Anm. I c 3.

5. Zur Beförderung gehörige Nebentätigkeiten. Als Teil der Beförderung ist im Zweifel auch die Ablieferung an den Empfänger übernommen (ROH. **16** 350, Bolze **19** Nr. 511); die Verantwortlichkeit des Frachtführers endet nicht bereits mit Ankunft des Guts am Bestimmungsort (RG. **13** 169). Ebenso kann die behufs Abholung des Guts unternommene Zureise im Einzelfall einen Beförderungsbeginn enthalten (ROH. **24** 304); maßgebend für die Auslegung des Parteiwillens wird sein, ob der Frachtführer für die Zureise eine besondere Vergütung erhält (Hahn Art. 394 § 2). Zur Beförderung gehören ferner auch die etwa übernommenen oder sonst erforderlich werdenden Nebentätigkeiten. So z. B. die Entnahme des Guts (z. B. Steine zum Chausseebau) von dem Ort, wo es lagert (Str. **78** 362); so eine etwa während der Beförderungszeit erforderliche einstweilige Lagerung (RG. **49** 93, vgl. **39** 195); oder die Lagerung am Bestimmungsort bei bahnlagernd auf-

gegebenen Sendungen; oder buchhändlerische Vermittlungsgeschäfte beim Zeitungsdebit (ROH. **23** 193; vgl. jedoch § 452); oder Übergabe an einen anderen Frachtführer am Schluß der Reise mit Auftrag zur Weiterbeförderung (§ 468 Anm. III). Durch Übernahme einer Lagerung als Nebentätigkeit wird nicht etwa ein besonderer Lagervertrag begründet (§ 416 Anm. II b 2; dort auch über die Ausnahmefälle der einstweiligen Verwahrung durch Eisenbahn vor Beförderungsmöglichkeit, bei Ablieferungshindernis und bei Handgepäck). Vielmehr unterliegen auch diese Nebentätigkeiten dem Frachtvertrag. Dagegen gehört im Zweifel nicht zu den Pflichten des Frachtführers die Herstellung der Beförderungs bereitschaft (Staub § 427 Anm. 1), z. B. nicht die Verpackung des Guts und (§ 427) die Beschaffung der erforderlichen Begleitpapiere; anders jedoch nach Verkehrssitte z. B. bei Fortschaffung von Möbeln anläßlich Wohnungswechsels (vgl. Düringer-Hachenburg Anm. II 2 c). Ebenso hat der Frachtführer keine Verpflichtung, das Gut zu versichern, außer wenn er dies besonders übernommen hat. In CPO. § 488 ist vorausgesetzt, daß der Frachtführer unter Umständen die Verpflichtung hat, den Zustand des Guts feststellen zu lassen. Hierzu gehört z. B. der Fall einer Beschädigung durch einen Dritten während der Beförderung (KB. 108 zum G. betr. Abänderung d. CPO.) und die Annahmeweigerung des Empfängers wegen behaupteter Beschädigung, Minderung oder Mangelhaftigkeit (vgl. D. 261), beides jedoch nur, wenn dies im Interesse des Absenders erforderlich erscheint. — Über Beförderung als Nebentätigkeit einer Beherbergung vgl. unten zu f; über die Frage, ob sie als Nebentätigkeit einer Spedition vorkommen kann, vgl. § 407 Anm. II d 2. Die Hamburger Quartierleute wurden nicht als Frachtführer erachtet, weil ihr Gewerbe in der Ausführung der verschiedensten Dienstleistungen in bezug auf Beförderung, Lagerung und Behandlung der Waren besteht, wobei nur neben anderen Leistungen und im Zusammenhang mit diesen auch Beförderungen eine Rolle spielen (Bolze **11** Nr. 223).

f. **Güter**beförderung. Vgl. § 388 Anm. I a 1, § 397 Anm. I a, § 407 Anm. II h. Der Begriff der „Güter" ist kein anderer beim Frachtgeschäft als beim Speditionsgeschäft (RG. **20** 51). Frachtgeschäft ist auch die Rückbeförderung leerer Privateisenbahnwagen durch die Bahn (Bolze **15** Nr. 340). — Ein Frachtvertrag liegt im Aufgeben des Reisegepäcks (ROH. **12** 198, RGSt. **35** 223). Dagegen ist die Beförderung des in den Personenabteil mitgenommenen Gepäcks ein Nebengegenstand des Personenbeförderungswerkvertrags (RGSt. **35** 226, vgl. § 465; ebenso Düringer-Hachenburg § 465 IV 1; und zwar selbst dann, wenn eine Person mehrere Fahrscheine löst, um dadurch ein Anrecht auf Mitnahme einer größeren Menge Gepäcks in den Personenabteil zu erhalten (dagegen RGSt. **37** 102). Ebenso die Mitbeförderung des Reisepäcks in der Straßenbahn, im Straßenomnibus, im Hotelomnibus (Lehmann Nr. 1). Doch ist auch bei dem Hotelomnibus oder sonstigen auch Personen befördernden Fuhrwerk ein selbständiges Aufgeben des Gepäcks möglich und der hierauf bezügliche Vertrag dann Frachtvertrag (Str. **61** 24). Für die Beförderung des Gepäcks im Hotelomnibus kommen, wenn diese Beförderung als Nebentätigkeit des Beherbergungsvertrags übernommen ist (vgl. ROH. **11** 344), die Vorschriften über Einbringung von Sachen bei Gastwirten (BGB. §§ 701 ff.) zur Anwendung (RG. **1** 83).

g. **Zu Land oder auf Flüssen und sonstigen Binnengewässern.** Ausgeschlossen ist mithin die Seeschiffahrt. Sonderbestimmungen bestehen aber auch für die Eisenbahnbeförderung (oben Anm. I b 2) und für die Beförderung auf Binnenschiffen (oben Anm. I b 3). Unter Beförderung „zu Lande" ist auch die Beförderung unter der Erde und über der Erde (Brieftauben, Luftschiff) mitbegriffen (Lehmann Einl. Nr. 9 zu Abschn. 6).

III. **Frachtvertrag.**

a. **Abschluß** des Frachtvertrags.

Der Abschluß bedarf keiner Form. Ein etwa ausgestellter Frachtbrief ist nur Beweisurkunde (§ 426 Anm. I b 2), ein etwa ausgestellter Ladeschein nur die Verbriefung einer vom Frachtvertrag losgelösten selbständigen Auslieferungsschuld (§ 444 Anm. II, § 446). Der Frachtvertrag ist durch das bloße „Übernehmen" der Beförderung geschlossen; also auch dann, wenn die Hingabe des Guts erst später erfolgt (oben Anm. II c). Anders beim ge-

wöhnlichen Eisenbahnfrachtvertrag. Für diesen bestimmt VerkO. § 54 Abs. 1 (ähnlich Berner Vertrag Art. 8 Abs. 1):

„Der Frachtvertrag ist abgeschlossen, sobald das Gut mit dem Frachtbriefe von der Versandstation zur Beförderung angenommen ist. Als Zeichen der Annahme wird dem Frachtbriefe der Tagesstempel der Abfertigungsstelle aufgedrückt."

Hiernach ist der gewöhnliche Eisenbahnfrachtvertrag an eine bestimmte Form gebunden: erforderlich ist erstens Hingabe des Guts, zweitens Übergabe des Frachtbriefs, drittens Annahme beider durch die Eisenbahn. Die Annahme ist auch formlos gültig (ebenso Eger VerkO. § 54 Anm. 236); die Vorschrift, daß sie durch Abstempelung kundzugeben sei, ist Ordnungsvorschrift („Zeichen"). Auch umgekehrt ist trotz Abstempelung der Nachweis zulässig, daß nicht eine Annahme zur Beförderung (§ 453 Anm. V e 1), sondern nur eine Annahme zur Verwahrung erfolgt ist (RG. 20 V 05 EisenbEntsch. 22 162). Daher ist auch der Zeitpunkt der Abstempelung nicht notwendig entscheidend für die Frage, wann die Annahme zur Beförderung stattgefunden hat (OLG. Marienwerder 23 V 05 EisenbEntsch. 22 357, § 453 Anm. V e 1). — Teilweise abweichende Bestimmungen bestehen nach VerkO. §§ 32, 40, 43, 45 für den Eisenbahnfrachtvertrag über Reisegepäck, Expreßgut, Leichen und lebende Tiere.

Ein Zwang zum Abschluß eines Frachtvertrags besteht nur für die dem öffentlichen Güterverkehr dienenden Eisenbahnen (§ 453); für andere Binnen- oder See-Frachtführer nur, wenn in der Ablehnung ein Verstoß gegen die guten Sitten liegen würde (RG. 48 123).

b. Erfüllungsort, maßgebendes Recht und Gerichtsstand beim Frachtvertrag.

1. Allgemeines. Nicht alle aus und bei der Ausführung des Frachtvertrags entstehenden Rechtsverhältnisse sind notwendig nach einem und demselben Recht zu entscheiden (RG. 9 53). Die aus dem allgemeinen Gewerbebetrieb des Frachtführers entstehenden Rechtsbeziehungen sind nach dem am Niederlassungsort des Frachtführers geltenden Recht zu beurteilen (RG. 48 122, 59 114). So ist das Recht am Niederlassungsort des Frachtführers maßgebend z. B. für die Frage, ob der Frachtführer zum Abschluß eines Frachtvertrags verpflichtet ist (RG. 48 122, 57 145); bei Eisenbahnen das Recht am Ort der Station, wo die Weigerung des Vertragsabschlusses erfolgt (RG. 57 145). Bei den aus einem einzelnen abgeschlossenen Frachtvertrag sich ergebenden Rechtsbeziehungen ist der Bestimmungsort der Erfüllungsort für den Frachtvertrag im ganzen, und dort ist ein Gerichtsstand für die Klage auf Erfüllung des Vertrags begründet (RG. 38 144, ObLG. München ZHR. 36 272); ebenso für die Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (RG. 38 145, 11 I 05 JW. 148[30], OLG. Hamburg 29 IX 03 OLGRspr. 9 132). Der Bestimmungsort ist auch maßgebend für die Beurteilung, wer als Empfänger in Anspruch genommen werden darf (RG. 9 53). Alles dies gilt im allgemeinen selbst dann, wenn die Wahl des Bestimmungsorts dem Absender überlassen war und dieser ihn demnächst bestimmt hat (RG. 9 52). Anders jedoch, wenn tatsächlich die Ablieferung nicht am Bestimmungsort vorgenommen wird (RG. 9 52). Soweit die Ablieferung in Frage kommt, sind die Gesetze und Gebräuche des Empfangsorts maßgebend (RG. 38 196). So z. B. hinsichtlich der Frage, wie lange nach Annahmeweigerung des Empfängers der Frachtführer noch aus dem Frachtvertrag in Anspruch genommen werden kann (RG. 48 110). Endet die Reise vor Erreichung des ursprünglich vereinbarten Bestimmungsorts, und ist daher an diesem Zwischenort das Gut auszuliefern (wie z. B. bei dauernder Unmöglichkeit der Fortsetzung der Reise), so ist das Recht dieses Zwischenorts das für die Ablieferung maßgebende (RG. 38 144). Was der Frachtführer tun muß, wenn er an dem Ort, wo er die Angabe des Bestimmungsorts erhalten soll (Orderort), diese Angabe nicht erhält, ist nach dem Recht des Orderorts, nicht nach dem Recht des später etwa bezeichneten Bestimmungsorts zu entscheiden (RG. 9 53).
2. Insbesondere nach Ausstellung eines Verfügungspapiers. Für die aus einem über die Ware ausgestellten Verfügungspapier sich ergebenden Rechtsverhältnisse ist das Recht des Orts, an welchem nach Inhalt des Verfügungspapiers abgeliefert werden soll, maßgebend, ohne Rücksicht auf den Ort des Beförderungsbeginns und auf Wohnsitz und Staatsangehörigkeit der jedesmaligen Verfügungspapier-Berechtigten (RG. 20 56,

25 107, **34** 81, **44** 119, **46** 4). Doch wurde dahingestellt gelassen, ob die Nichtaufnahme eines Vorbehalts in das Verfügungspapier dem Papierverpflichteten auch dann entgegengehalten werden darf, wenn nach dem Recht am Ort des Beförderungsbeginns die Aufnahme eines solchen Vorbehalts unzulässig ist (Bolze **13** Nr. 413).

3. Mehrstaatliches Übereinkommen (§ 453 Anm. II). Für den zwischenstaatlichen Eisenbahnfrachtvertrag bestimmt der Berner Vertrag Art. 19: „Das Verfahren bei Ablieferung der Güter, sowie die etwaige Verpflichtung der Eisenbahn, das Gut einem nicht an der Bestimmungsstation wohnhaften Empfänger zuzuführen, richtet sich nach den für die abliefernde Bahn geltenden gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen." Art. 22: „Die Wirkungen des Pfandrechts bestimmen sich nach dem Rechte des Landes, wo die Ablieferung erfolgt." Nach Art. 27 ist die Klage nach Wahl des Klägers gegen die erste Bahn oder diejenige, welche das Gut zuletzt mit dem Frachtbrief übernommen hat, oder diejenige, auf deren Betriebsstrecke sich der Schaden ereignet hat, zu richten, und zwar nur vor einem Gericht des Staats, in dem die beklagte Bahn ihren Wohnsitz hat und das nach den Gesetzen dieses Landes zuständig ist; anders nach Art. 28 für Widerklage und Einrede (vgl. HGB. § 469). Nach Art. 53, 54 ist, falls nichts Gegenteiliges vereinbart, für Rückgriffsansprüche der Richter des Wohnsitzes der in Anspruch genommenen Bahn ausschließlich zuständig; bei Inanspruchnahme mehrerer Bahnen jeder nach Vorstehendem für eine der Bahnen zuständige.

c. **Widerruf** des Beförderungsauftrags seitens des Absenders ist zulässig gemäß BGB. § 649; doch bleibt dem Frachtführer in den dort bezeichneten Grenzen der Anspruch auf die Fracht. Besonderheiten bestimmt § 428 Abs. 2 für den Fall, daß der Rücktritt des Absenders vom Frachtvertrag wegen einer von ihm nicht zu vertretenden zeitweiligen Verhinderung der Reise eintritt, und § 433 Abs. 1 für bestimmte Fälle eines nicht vollständigen Widerrufs, sondern nur teilweiser Änderung des Beförderungsauftrags. Über die Möglichkeit eines Rücktritts wegen mangelhafter oder (trotz möglicher Rechtzeitigkeit, § 428 Anm. IIIa 1) verspäteter Beförderung bestimmt BGB. §§ 634, 636, über Widerruf wegen voraussehbarer wesentlicher Überschreitung des zu grund gelegten Kostenanschlags BGB. § 650. — Ob durch Konkurseröffnung der Beförderungsauftrag gemäß KO. § 23 erlischt, hängt davon ab, ob der Frachtvertrag als ein Geschäftsbesorgungs-Werkvertrag anzusehen ist; hierüber vgl. oben Anm. I a 1.

d. **Haftung des Absenders gegenüber dem Frachtführer.** Für zwei besondere Fälle schreiben §§ 426 Abs. 3, 427 eine Haftung des Absenders vor. Der Absender haftet aber darüber hinaus nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 347 Anm. III b) für jedes bei Erfüllung seiner Vertragspflichten vorgekommene Verschulden, durch das dem Frachtführer Schaden entsteht. Andererseits haftet er nur bei Verschulden. Der Umstand, daß der Frachtführer durch das Gut oder durch ein infolge der besonderen Beschaffenheit desselben eingetretenes Ereignis Schaden erlitten hat, gewährt ihm an sich keinen Ersatzanspruch gegen den Absender (RG. **15** 151). Selbst dann nicht, wenn wegen der Beschaffenheit des Guts dessen Beförderung mit besonderen Gefahren verbunden war (RG. **20** 78). Ein Verschulden des Absenders liegt z. B. darin, daß er die gefahrbringende Beschaffenheit des Guts verheimlicht (RG. **15** 151, **20** 78) oder die ihm obliegende Sorgfalt bei Verpackung und Aufgabe des Guts nicht anwendet (RG. **15** 151; vgl. jedoch § 459 Anm. IIIb 1). Über einen durch Nichtannahme seitens des Empfängers entstehenden Annahmeverzug des Absenders vgl. unten Anm. IIIf. Auf Zahlung der vertragsgemäßen Gegenleistung für die Beförderung und auf Auslagenersatz haftet der Absender dem Frachtführer nicht etwa erst in zweiter Reihe nach dem Empfänger, sondern in erster Reihe, aber im Zweifel betagt bis zu vorher von dem Frachtführer zu machendem Versuch der Einziehung beim Empfänger und auflösend bedingt durch das Gelingen jenes Versuchs.

e. **Haftung des Frachtführers gegenüber dem Absender.** Der Frachtführer übernimmt gegenüber dem Absender die Beförderungspflicht. „Absender" ist, wer in eigenem Namen den Beförderungsauftrag gibt (§ 426 Abs. 2 Nr. 9). Auch wenn er Abholung der Güter bei einem Dritten und Beförderung an sich (den Absender) als Empfänger vorschreibt (P. 4733,

RG. 13 76). Ob der Absender für eigene Rechnung, oder ob er für fremde Rechnung, d. h. für einen „Versender" (§ 407 Abs. 1, S. 844) handelt, ist für das Verhältnis zum Frachtführer unerheblich. Jedoch kann der Absender mit seiner Vertragsklage auch das Interesse desjenigen bei Schadensersatzansprüchen geltend machen, für dessen Rechnung er den Frachtvertrag geschlossen hat (§ 383 Anm. IXa), und der Frachtführer kann nicht dem Absender einwenden, ein von ersterem zu ersetzender Schaden sei nicht dem Absender, sondern demjenigen entstanden, für dessen Rechnung dieser handele (OLG. Hamburg 1 V 91 ZHR. 40 538). So insbesondere auch, wenn der Verkäufer für Rechnung des Käufers auf dessen Verlangen die verkaufte Ware an einen anderen als den Erfüllungsort versendet (§ 408 Anm. Ia 1). Der Frachtführer haftet nach näherer Maßgabe des BGB. §§ 276—279, HGB. §§ 431, 432 für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347) bei Erfüllung seiner sämtlichen Vertragspflichten. Kraft dieser allgemeinen Sorgfaltspflicht hat er z. B., wenn es im Interesse des Absenders erforderlich erscheint, für den Beweis des Zustands des Frachtguts zu sorgen, wenn dieses durch einen Dritten während der Beförderung beschädigt worden ist (KB. 108 zum G. betr. Abänderung d. CPO.), er darf das Gut nicht im Durchfuhrstaat zur Verzollung bringen, wenn zollfreie Durchfuhr vom Absender vorgeschrieben und zulässig war (RG. 1 2), er darf nicht eigenmächtig den ursprünglichen Frachtbrief durch einen anderen abweichenden Inhalts ersetzen (RG. 1 2). Besondere Vorschriften für die Fälle von Verlust, Beschädigung und Versäumung der Lieferfrist sind in §§ 429, 430 enthalten. Stellt der Absender Hilfsmannschaften, so bleibt dennoch der Frachtführer für die Ausführung der Beförderung verantwortlich, außer bezüglich derjenigen Tätigkeiten, die nach dem Parteiwillen den Hilfsmannschaften unter Ausschluß einer Verantwortlichkeit des Frachtführers obliegen sollten (ROH. 12 200; vgl. § 459 Nr. 6). Über den im Fall eines Ablieferungshindernisses zu vertretenden Sorgfaltsgrad vgl. § 437 Anm. Ve. In welchen Fällen bei bestehendem tatsächlichen Monopol ein Verstoß gegen die guten Sitten darin liegt, daß gegenüber einem einzelnen oder einer Gruppe von einzelnen das Abschließen von Frachtverträgen unter gleich günstigen wie den sonst allgemein gewährten Bedingungen abgelehnt wird, vgl. RG. 48 121. — Über Nachnahme beim Eisenbahnfrachtvertrag und die Pflichten der Bahn bei Einziehung vom Empfänger vgl. VerkO. § 62 (abgedr. hinter § 473).

f. **Verhältnis des Frachtführers zum Versender.** Der Versender (oben zu e) als solcher hat vor Abtretung seitens des Absenders keine unmittelbaren Rechte gegenüber dem Frachtführer. Doch greift auch gegenüber dem Frachtführer unter Umständen § 392 Abs. 2 (§ 407 Anm. IIIk) ein. Der Versender kann im Einzelfall als Empfänger bezeichnet sein und hat dann die Rechte des Empfängers.

g. **Verhältnis des Frachtführers zum Empfänger.** Vgl. §§ 434 ff. Der Absender kann sich als Empfänger bezeichnen und hat dann außer seinen Rechten und Pflichten als Absender auch die Rechte und Pflichten als Empfänger. Nimmt der Empfänger die ihm seitens des Frachtführers zur Ablieferung angebotene Ware nicht an, trotzdem weder im Verhältnis des Absenders zum Frachtführer noch im Verhältnis des Empfängers zum Frachtführer hierfür ein genügender Grund vorliegt, so gelangt der Absender im Verhältnis zum Frachtführer in Annahmeverzug, da es Sache des Absenders war, für rechtzeitige Annahme durch den Empfänger zu sorgen. — Nur soweit das HGB. ausdrücklich bestimmt, steht der Frachtführer in unmittelbaren Rechtsbeziehungen zum Empfänger. Entsteht dem Frachtführer Schaden durch Verschulden des Empfängers bei Vornahme einer an sich zulässigen Verfügung (z. B. nach § 434 oder bei Entgegennahme der Ablieferung), so kann vor dem in § 436 bezeichneten Zeitpunkt (vgl. § 436 Anm. IVb) der Frachtführer sich — außer bei unerlaubter Handlung — nur an den Absender, nicht unmittelbar an den Empfänger halten. — Über das Verhältnis des Frachtführers zum Ladescheinberechtigten vgl. § 446 Anm. I.

h. **Verhältnis mehrerer aufeinanderfolgender Frachtführer zueinander.** Vgl. § 432 Anm. I.

§ 426.

Frachtbrief.

Der Frachtführer kann die Ausstellung eines Frachtbriefs verlangen.

Der Frachtbrief soll enthalten:

1. den Ort und den Tag der Ausstellung;
2. den Namen und den Wohnort des Frachtführers;
3. den Namen dessen, an welchen das Gut abgeliefert werden soll (des Empfängers);
4. den Ort der Ablieferung;
5. die Bezeichnung des Gutes nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen;
6. die Bezeichnung der für eine zoll- oder steueramtliche Behandlung oder polizeiliche Prüfung nöthigen Begleitpapiere;
7. die Bestimmung über die Fracht sowie im Falle ihrer Vorausbezahlung einen Vermerk über die Vorausbezahlung;
8. die besonderen Vereinbarungen, welche die Betheiligten über andere Punkte, namentlich über die Zeit, innerhalb welcher die Beförderung bewirkt werden soll, über die Entschädigung wegen verspäteter Ablieferung und über die auf dem Gute haftenden Nachnahmen, getroffen haben;
9. die Unterschrift des Absenders; eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Unterschrift ist genügend.

Der Absender haftet dem Frachtführer für die Richtigkeit und die Vollständigkeit der in den Frachtbrief aufgenommenen Angaben.

ADH. Art. 391, 392. **Entw. I** § 400. **Entw. II** § 418.

I. Rechtliche Bedeutung des Frachtbriefs.

a. **Was beurkundet der Frachtbrief?** Der Frachtbrief enthält nicht die Beurkundung der Vertragsabschluß-Erklärung des Absenders, also weder die eines Antrags auf Abschluß eines Frachtvertrags, noch die einer Annahmeerklärung. Vielmehr enthält er nur eine Beurkundung des tatsächlich erteilten einseitigen Beförderungsauftrags. Fällt beides im Einzelfall auseinander, ist z. B. ein Frachtvertrag über 12 Klaviere abgeschlossen, gibt aber der Absender tatsächlich nur 5 Klaviere zur Beförderung auf, so muß der Frachtbrief über 5 Klaviere lauten, und der Frachtführer kann nur einen Frachtbrief dieses Inhalts verlangen, gleichgültig, ob im Einzelfall der Frachtführer Rechte aus der Nichtaufgabe der übrigen 7 Klaviere herleiten kann. Nur auf Grund dieser Anschauung ist die Regel des § 426 Abs. 3 erklärlich. Nicht zutreffend dagegen erscheint die Fassung des Abs. 2 Nr. 8, indem sie eine „Vereinbarung" voraussetzt, und nur mit gewissen Maßgaben die Anschauung der D. 256, daß der Frachtbrief als Beweis eines „Vertrags" diene (vgl. unten zu b 2). Unter Umständen allerdings wird aus dem Inhalt des einseitigen Beförderungsauftrags auf den Inhalt des Frachtvertrags geschlossen werden können, z. B. wenn ohne vorherige Verhandlungen der Frachtbrief mit den Waren übersandt und beides stillschweigend seitens des Frachtführers entgegengenommen ist. Grundsätzlich ist jedoch beides auseinanderzuhalten. Auch enthält nicht etwa, wenn ein Frachtvertrag abgeschlossen war, die Entgegennahme eines vom Inhalt des Fracht-

vertrags abweichenden Frachtbriefs notwendig eine Abänderung des Frachtvertrags; die Erteilung und Entgegennahme mehrerer Frachtbriefe über einzelne Teile der zu befördernden Sendung enthält keine Zerlegung des vorher abgeschlossenen einheitlichen Frachtvertrags in mehrere. Nur den einzelnen Beförderungsauftrag hat der Absender richtig zu beurkunden. Ganz andere Fragen sind, ob auf Grund dieses Auftrags ein Frachtvertrag zustande kommt, ob der Auftrag sich innerhalb der Grenzen eines früher abgeschlossenen Frachtvertrags hält, und ob er diesen Frachtvertrag in vollem Umfang erledigt. — Für den Eisenbahnfrachtvertrag hat allerdings vermöge der Bestimmungen in VerkO. §§ 51, 54 Abs. 1 (HGB. § 425 Anm. IIIa) der Frachtbrief außer der Bedeutung als Beurkundung des einseitigen Beförderungsauftrags auch die fernere Bedeutung (RG. **37** 12) eines Angebots des Vertragsabschlusses.

b. **Beweisurkunde.**

1. In Ansehung der Erteilung des einseitigen Beförderungsauftrags? Ob auch in dieser Beziehung der Frachtbrief nur die Eigenschaft einer Beweisurkunde hat, kann zweifelhaft sein. Doch ist dies wohl zu bejahen. Wird mündlich ein Beförderungsauftrag erteilt und gleichzeitig (irrtümlich oder zum Schein) ein davon abweichender Frachtbrief übergeben, so ist im Verhältnis des Absenders zum Frachtführer der mündliche Auftrag der maßgebende.
2. In Ansehung des Abschlusses des Frachtvertrags. Die Gültigkeit des Frachtvertrags ist grundsätzlich unabhängig von dem Vorhandensein eines Frachtbriefs (P. 1228, ROH. **12** 198). Für den Eisenbahnfrachtvertrag schreibt allerdings Verkehrsordnung § 54 Abs. 1 (HGB. § 454) — in Übereinstimmung mit Berner Vertrag Art. 8 — vor, daß der Frachtvertrag abgeschlossen sei, sobald das Gut mit dem Frachtbrief von der Versandstation zur Beförderung angenommen sei (§ 425 Anm. IIIa), und führt hierdurch ein stetes Zusammenfallen des Inhalts des Frachtvertrags mit dem Inhalt des Frachtbriefs herbei, sodaß dann auch der Inhalt des letzteren Beweis für den Inhalt des ersteren erbringt (vgl. VerkO. § 54 Abs. 3). Der Art. 391 Abs. 1 ADH. lautete aber allgemein: „Der Frachtbrief dient als Beweis über den Vertrag zwischen dem Frachtführer und dem Absender" (ähnlich RGSt. **32** 23), und D. 256 bemerkt hierzu: „Dies ergibt sich von selbst und braucht im Gesetz nicht ausgesprochen zu werden." Die in der Denkschrift niedergelegte Ansicht ist außerhalb des Eisenbahnfrachtverkehrs nicht für zutreffend zu erachten. Hier kann vielmehr der Inhalt des Frachtbriefs nur dann Beweis für den Inhalt des Frachtvertrags erbringen, wenn der Vertrag unter Bezugnahme auf den Inhalt des Frachtbriefs abgeschlossen ist. Ob dies aber der Fall, ist Tatfrage. Es wird in der Regel zu bejahen sein, wenn der Vertrag in der Weise zu stande gekommen ist, daß die Ware mit Frachtbrief vom Frachtführer widerspruchslos entgegengenommen ist. Aber auch das Gegenteil kann der Fall sein, z. B. wenn nach einseitiger Ausstellung des Frachtbriefs der Absender und der Frachtführer vereinbaren, daß die Beförderung unter anderen als den im Frachtbrief niedergelegten Bedingungen erfolgen, der Frachtbrief aber dennoch ungeändert bleiben solle. Wird einem anderen Frachtführer als der Eisenbahn (für letzteren Fall RG. **37** 11) gleichzeitig ein Frachtgut und ein Frachtbrief, der ein anderes Gut bezeichnet, übergeben, so ist — wenn im Einzelfall überhaupt Willensübereinstimmung anzunehmen — ein (möglicherweise wegen Irrtums anfechtbarer) Frachtvertrag im Zweifel über das übergebene, nicht über das im Frachtbrief bezeichnete Gut zu stande gekommen. Der Frachtbrief als solcher hat gemäß CPO. § 416 Beweiskraft für und gegen den Absender, an sich nur als Beweis des Beförderungsauftrags, mittelbar auch als Grundlage des etwa in der Übersendung liegenden Antrags auf Abschluß eines Frachtvertrags; ebenso für und gegen den Frachtführer mittelbar als Grundlage einer etwa von letzterem abgegebenen Annahmeerklärung (P. 782, ROH. **11** 212; vgl. ROH. **9** 74). — Die Annahme des Frachtbriefs seitens eines nachfolgenden Frachtführers oder seitens des Empfängers hat nach §§ 432 Abs. 2, 436 eine an den Inhalt des Frachtbriefs geknüpfte Wirkung; ihnen gegenüber ist daher, insoweit jene Bestimmungen eingreifen, der Inhalt des Frachtbriefs entscheidend auch, wenn er den zwischen

Absender und erstem Frachtführer abgeschlossenen Frachtvertrag nicht richtig wiedergibt. Auch eine im Frachtbrief bestimmte Änderung des Rechts oder der Pflicht des letzten Frachtführers zur Geltendmachung der Rechte der Vormänner ist nach § 441 erheblich selbst bei abweichendem Inhalt des Frachtvertrags.

3. In Ansehung der Übereinstimmung der im Frachtbrief enthaltenen Angaben mit den beurkundeten Tatsachen. An sich wäre nicht notwendig, daß die Beurkundung des Beförderungsauftrags übereinstimmt mit den einzelnen beurkundeten Tatsachen; so kann z. B. die Ware zur Beförderung am 1. Juli übersandt sein, der Frachtbrief aber erst vom 15. Juli datiert werden, die tatsächlich zur Beförderung übergebenen Güter oder deren Wert können ganz andere sein als im Frachtbrief angegeben. Der § 426 Abs. 3 verlangt aber eine Übereinstimmung der Beurkundung mit den Tatsachen. Daher ist als von der erfahrungsgemäßen Regel davon auszugehen, daß beides übereinstimmt. An sich nur gegen den Aussteller des Frachtbriefs. Hat aber der Frachtführer die Güter mit Frachtbrief widerspruchslos angenommen, so steht auch ihm entgegen, daß erfahrungsgemäß in der Regel der Frachtführer die Übereinstimmung des Frachtbriefs mit den Tatsachen nachprüft, soweit ihm dies möglich. Er muß daher mangels Erhebung eines unverzüglichen Widerspruchs und mangels Aufnahme eines Vorbehalts (z. B. „dem Schiffer nicht vorgewogen", ROH. 8 193; „Zahl, Maß, Gewicht unbekannt", ROH. 15 383) in den Frachtbrief oder die Empfangsbescheinigung die Übereinstimmung gegen sich bis zum Gegenbeweis gelten lassen (ROH. 11 212; über den Rückgriff gegen den Absender unten Anm. IV). Jedoch nur, soweit jene Nachprüfung verkehrsüblich ist und er zu einer Nachprüfung in der Lage war; also z. B. nicht bezüglich des Inhalts geschlossener Kisten oder (§ 429 Anm. IIIc) bezüglich des angegebenen Werts der Ware. Verkehrsüblich in den meisten Fällen eines Frachtvertrags ist die Nachprüfung hinsichtlich des Gewichts (ROH. 8 196, 11 212). Gegenbeweis bleibt zulässig. So z. B. hinsichtlich des bei Empfang vorhanden gewesenen Gewichts (ROH. 8 196, 11 212), der Menge (ROH 7 217), der Richtigkeit der Frachtberechnung (ROH. 9 73, 21 184, 23 305, Bolze 9 Nr. 365), des etwa angegebenen Werts des Frachtguts (§ 429 Anm. IIIc) oder Interesses an der Rechtzeitigkeit der Lieferung (§ 430 Anm. V). Auch der Absender darf Gegenbeweis gegen den Inhalt des Frachtbriefs führen; so z. B. wenn er darin irrtümlich eine größere Menge vermerkt hat, als tatsächlich zur Beförderung übergeben war, und der Frachtführer daraufhin eine nach der angegebenen Menge berechnete Fracht einfordert. Soweit der Frachtbrief überhaupt gegen den Frachtführer beweist, steht er einem Empfangsbekenntnis des letzteren gleich; ist der Beweis eines solchen Empfangsbekenntnisses nicht führbar, so bleibt dem Absender immer noch offen, nachzuweisen, was er tatsächlich dem Frachtführer zur Beförderung übergeben hat, und der Frachtführer ist verpflichtet, das so Übergebene auszuliefern (ROH. 15 379).

c. **Unterscheidung von anderen Urkunden.**

1. Ladeschein. Während der Frachtbrief eine einseitige Erklärung des Absenders beurkundet, enthält der Ladeschein eine Erklärung des Frachtführers. Während ersterer Beweisurkunde, ist letzterer Verfügungspapier. Der Ladeschein verbrieft den Anspruch auf Auslieferung der Ware (§ 444).

2. Frachtbriefduplikat. Vgl. § 455 Anm. I—III. Vorschriften über die von Ladescheinen verschiedenen Frachtbriefduplikate sind nur für den Eisenbahnfrachtverkehr getroffen (§ 455, Berner Vertrag Art. 8 Abs. 5, 6, VerkO. § 54 Abs. 6—8); außerhalb des letzteren wurden die Bestimmungen über den Ladeschein als genügend erachtet, um es zu ermöglichen, daß dem Empfänger eine die Verfügungsbefugnis des Absenders während der Beförderung beschränkende Urkunde verschafft werde (D. 256).

3. Empfangsschein, Gepäckschein, Beförderungsschein. Der Absender kann, da die Übergabe des Frachtguts eine der von ihm nach Inhalt des Vertrags zu bewirkenden Leistungen ist, ein schriftliches Empfangsbekenntnis über die erfolgte Übergabe fordern (BGB. § 368; entsprechend bei Auslieferung an den Empfänger § 435 Anm. IIIc 3); über besondere Bestimmungen für den Eisenbahnfrachtvertrag vgl. zu § 455. Der Ge-

päckschein (VerkO. §§ 32 Abs. 3, 33, 39, 40) ist Empfangsbekenntnis über die erfolgte Übergabe und, wenn ausgehändigt, zugleich Ausweis-(Legitimations-)Papier über den Anspruch auf Rückgabe des Frachtguts (VerkO. § 33). Weder der „Gepäckschein" noch der „Beförderungsschein" (VerkO. §§ 39, 40, 43, 45) ist Frachtbrief (§§ 463 Abs. 1, 466 Abs. 2). Der Beförderungsschein dient unter Umständen zugleich als Fahrtausweis für den Begleiter (Allg. Zusatzbestimmung III zu VerkO. § 44). Der von den Behörden einer Staatsbahn innerhalb ihrer Amtsbefugnisse ausgestellte Gepäckschein ist eine öffentliche Urkunde (RGSt. 37 319).

II. **Recht des Frachtführers, die Ausstellung eines Frachtbriefs zu verlangen (§ 426 Abs. 1).** Dies Recht besteht nicht für diejenigen Fälle von Frachtverträgen, für die eine gegenteilige Verkehrssitte sich gebildet hat (§ 346 Anm. Id; dagegen Lehmann Nr. 6, Düringer-Hachenburg Anm. II, Goldmann Nr. 3). So z. B. nicht bei dem Frachtvertrag des Dienstmanns oder desjenigen, der einen Umzug besorgt (Staub Anm. 4, 8). Das Recht, einen Frachtbrief zu verlangen, besteht auch, wenn ein Ladeschein ausgestellt ist, wird aber in diesem Fall selten ausgeübt (vgl. Begr. 96 zu BinnenSchG.). Der Frachtführer kann nur einen Frachtbrief derjenigen Form verlangen, wie die Verkehrssitte ihn für die betreffende Art von Frachtverträgen ausgebildet hat, z. B. nur eine Begleitadresse im Paketverkehr der Berliner Paketfahrtgesellschaft (Staub Anm. 8). Soweit die Verkehrssitte nicht eingreift, kann der Frachtführer einen Frachtbrief verlangen, der alles in Abs. 2 Nr. 1—9 Aufgeführte enthält. Noch nach Entgegennahme des Guts kann der Frachtführer die Erteilung eines Frachtbriefs verlangen. In dem Nichtverlangen bei Empfangnahme kann jedoch ein Verzicht liegen; durch solchen Verzicht wird für die Zukunft das Recht beseitigt. Auch der Absender hat, da es für ihn in mehrfacher Beziehung von Interesse sein kann, ein Recht auf Entgegennahme des Frachtbriefs seitens des Frachtführers (Staub Anm. 9; dagegen Lehmann Nr. 6, Düringer-Hachenburg Anm. II). Der Frachtführer kann verlangen, daß die vom Absender auf Grund seines Verfügungsrechts (§ 433 Abs. 1) nachträglich angeordneten Abänderungen nachträglich im Frachtbrief vermerkt werden (P. 5043); auch dies indessen nicht, wenn die Verkehrsübung eine gegenteilige ist (§ 346 Anm. Id).

III. **Inhalt des Frachtbriefs (§ 426 Abs. 2).**

a. **Allgemeines.** Da der Frachtbrief als die einseitige Beurkundung des Beförderungsauftrags anzusehen ist (oben Anm. Ia), so ist ein Frachtbrief jede Urkunde, die einen Beförderungsauftrag mit genügender Deutlichkeit und Ausführlichkeit beurkundet. So z. B. die dem Frachtführer bis zur Nachsendung eines ausführlichen Frachtbriefs vorläufig erteilte (P. 782) Ladekarte. Unter Umständen auch ein gewöhnlicher an den Frachtführer gerichteter Brief des Absenders (LG. Frankfurt a/O. 25 XI 01 KGBl. 02 5). Die Urkunde ist „Frachtbrief" auch, wenn sie nicht alle in § 426 Abs. 2 aufgeführten Angaben enthält („soll"; P. 2203); minder wichtig sind namentlich die unter Nr. 1, 2, 6—8 aufgeführten Angaben. Aber selbst das Fehlen einer Unterschrift des Absenders (Nr. 9) nimmt dem Frachtbrief nicht die Eigenschaft eines solchen (Staub Anm. 14, Lehmann Nr. 16, Düringer-Hachenburger Anm. III 2); nur ist dann die gesetzliche Beweisregel des § 416 CPO. (oben Anm. Ib2) nicht anwendbar (Düringer-Hachenburg Anm. IV zu Ziff. 9), sondern richterliches Ermessen entscheidet. Eine inhaltlich falsche Angabe beseitigt nicht die Eigenschaft der Urkunde als eines „Frachtbriefs" (dagegen Lehmann Nr. 12); nur tritt Schadensersatzpflicht nach § 426 Abs. 3 ein.

b. **Die einzelnen Angaben.**

1. Ort und Tag der Ausstellung. Unerheblich ist, ob Ort und Zeit der Ausstellung zusammenfallen mit Ort und Zeit des Zustandekommens des Frachtvertrags. Dagegen wird der Frachtführer verlangen dürfen, daß der Frachtbrief unter dem richtigen Datum der Absendung des Beförderungsauftrags (oben Anm. Ia) ausgestellt wird. Der Empfang des Guts durch den Frachtführer kann der Ausstellung des Frachtbriefs vorangehen oder nachfolgen (Lehmann Nr. 8); auch kann der Ort des Empfangs ein anderer sein als der Ort der Ausstellung.
2. Name und Wohnort des Frachtführers. Unter Namen ist die Firma (§ 17 Abs. 1), unter Wohnort der etwa hiervon verschiedene Niederlassungsort einbegriffen (Lehmann Nr. 9).

3. Name des Empfängers. „Empfänger" ist, wem nach Inhalt des Frachtvertrags abgeliefert werden soll (§ 426 Abs. 2 Nr. 3), also der Empfangsbezeichnete, auch wenn er noch nicht empfangsberechtigt (§ 435) ist und noch nicht empfangen hat. Der in § 438 Abs. 4 erwähnte „Empfangsberechtigte" braucht nicht notwendig „Empfänger" zu sein (§ 438 Anm. Ib). In § 446 Abs. 1 ist ungenau der Ladescheinberechtigte (§ 447 Anm. I) als Empfänger bezeichnet (§ 446 Anm. Ia). Ebenso in §§ 643 ff. der Konnossementberechtigte (RG. 17 I 00 JW. 255[11]). Solange der Absender keinen von ihm verschiedenen Empfänger bezeichnet, ist er selbst Empfänger (vgl. § 445 Abs. 1 Nr. 4). Der Absender ist berechtigt, einseitig den bezeichneten Empfänger durch einen anderen zu ersetzen (§ 433) oder, wenn keiner bezeichnet ist, einen zu bezeichnen. Nichts steht entgegen, im Frachtbrief zu vermerken, daß einem Dritten (z. B. dem am Bestimmungsort wohnenden Agenten des Absenders) die Bezeichnung des Empfängers zustehen solle; erfolgt die Bestimmung nicht rechtzeitig, so bleibt der Absender Empfänger. Ist Ablieferung „an A oder dessen Order" vorgeschrieben, so ist A Empfänger, zugleich aber ermächtigt, durch eine gegenüber dem Frachtführer abzugebende Erklärung einen anderen als Empfänger zu bezeichnen. Eine Indossierung des Frachtbriefs ist als solche wirkungslos (§ 363 Anm. VIIa). Auch der Versender kann als Empfänger bezeichnet werden (§ 425 Anm. IIIf). Ist im Frachtbrief ein Empfänger A genannt, so macht ein weiterer Vermerk „für Herrn B" nicht den B zum Empfänger (ROH. 15 144).
4. Ort der Ablieferung. Hierunter ist — ebenso wie in §§ 430, 433—435, 445, 447, 468 — der Bestimmungsort (vgl. § 377 Anm. Vc) verstanden (vgl. § 414 Anm. IIa1, § 430 Anm. IIb; ebenso Staub Anm. 11, Düringer-Hachenburg Anm. IV). Der Bestimmungsort braucht nicht im voraus fest bestimmt zu sein (RG. 4 61, 9 52). Doch muß der Absender mindestens im allgemeinen eine bestimmte Richtung vorschreiben (wenngleich nicht notwendig im Frachtbrief angeben), nach welcher hin die Beförderung begonnen werden soll; sonst liegt kein Frachtvertrag vor (§ 425 Anm. IIe1). Über Festsetzungen betreffend Zulässigkeit einer Auslieferung des Guts vor Erreichung des Bestimmungsorts vgl. § 434 Anm. II. — Über den Ablieferungsort beim Eisenbahnfrachtvertrag vgl. auch VerkO. § 66 Abs. 3 (abgedruckt § 435 Anm. V), § 68 (abgedruckt hinter § 473).
5. Bezeichnung des Guts nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen. Unter Beschaffenheit ist die Warengattung verstanden. Über die besondere Erheblichkeit einer Angabe der Beschaffenheit bei beförderten Wertgegenständen vgl. § 429 Abs. 2. Die Menge kann z. B. unter Bezugnahme auf Maß, Gewicht oder Stückzahl angegeben werden (vgl. P. 783, 4676); doch verliert der Frachtbrief nicht die Eigenschaft eines solchen, wenn z. B. hinzugefügt ist, das Gut sei dem Frachtführer nicht vorgewogen, und dieser habe daher für etwaiges Fehlgewicht nicht aufzukommen (ROH. 8 193). Die Angabe des etwaigen Merkzeichens ist weniger erheblich, zumal nicht notwendig ein solches an der zu befördernden Ware angebracht sein muß. Das Merkzeichen ist bestimmt, die Zusammengehörigkeit des Frachtbriefs und der Ware äußerlich kenntlich zu machen. Sind im Frachtbrief mehrere Gepäckstücke aufgeführt, ohne daß ersichtlich gemacht ist, daß es sich um ein einheitliches Frachtgut handelt, so sind die mehreren Gepäckstücke als selbständige Stückgüter anzusehen, und der Frachtbrief enthält nur eine äußere Zusammenfassung mehrerer Frachtbriefe (ROH. 15 143).
6. Bezeichnung der nötigen Begleitpapiere. Diese Bestimmung ist neu aufgenommen im Anschluß an Berner Vertrag Art. 6, VerkO. § 51 (D. 256). Über die Verpflichtung des Absenders, diese Papiere dem Frachtführer zu übergeben, bestimmt § 427. Der Wortlaut des § 426 Abs. 2 Nr. 6 ist aus dem etwas genaueren, aber sachlich übereinstimmenden des § 427 auszulegen.
7. Fracht und Vermerk über etwaige Vorauszahlung. Fracht (P. 5092) ist die dem Frachtführer für Ausführung der Beförderung geschuldete Gegenleistung. Ihre Höhe kann im Frachtbrief entweder in bestimmtem Betrag oder durch Bezugnahme auf bestimmte Tarife (ROH. 9 73, 21 183), Entfernungen, Zeitdauer usw. angegeben werden. Bei einer Bezugnahme auf Tarife wird der Vertragsgegner des Frachtführers auch dann gebunden,

wenn er den Inhalt der Tarife nicht kannte (ROH 21 186). Ist keine Bestimmung in den Frachtbrief aufgenommen, so wird die taxmäßige und, in Ermangelung einer Taxe, die übliche Fracht geschuldet (BGB. § 632 Abs. 2); deren Betrag ist vom Frachtführer nach billigem Ermessen vorbehaltlich richterlichen Ermäßigungsrechts zu bestimmen (BGB. §§ 316, 315). Die Vorschrift, daß im Fall der Vorausbezahlung der Fracht dies im Frachtbrief vermerkt werden soll, ist im Anschluß an Berner Vertrag Art. 6 und VerkO. § 51 neu aufgenommen (D. 256). Der Vorausbezahlung steht — wie im BernVtrg. und VerkO. ausdrücklich bemerkt — die Hinterlegung eines Vorschusses für die nur ungefähr berechnete Fracht gleich. Ist Fracht nach Gewicht vereinbart, so ist im Zweifel das abgelieferte Gewicht maßgebend (§ 620, ROH. 8 196; für den Fall der Angabe des Gewichts im Ladeschein vgl. jedoch § 656, ROH. 1 199).

8. Besondere Vereinbarungen. In Wahrheit handelt es sich im Frachtbrief nicht um Beurkundung einer Vereinbarung, sondern um Beurkundung der Maßgabe, mit welcher der Absender den Beförderungsauftrag erteilt; ob der Frachtführer die Annahme des Frachtvertrags unter dieser Maßgabe erklärt hat, ist eine Frage für sich (oben Anm. Ib 2). Unter der „Zeit, innerhalb welcher die Beförderung bewirkt werden soll" ist auch eine Festsetzung über den Zeitpunkt des Beginns der Beförderung mitbegriffen (§ 428 Anm. Ia). Die Vorschrift, daß auch etwaige auf dem Gut haftende Nachahmen im Frachtbrief zu vermerken sind, ist neu aufgenommen im Anschluß an Berner Vertrag Art. 6 und VerkO. § 51 (D. 256). Hierzu gehören — wie BernVtrg und VerkO. hervorheben — sowohl die erst nach Eingang auszuzahlenden Beträge wie auch Barvorschüsse des Frachtführers. Über die Wirkung einer Angabe des Interesses an rechtzeitiger Lieferung vgl. § 430 Anm. V. Nicht in § 426 besonders erwähnt, aber gleichfalls hierhergehörig ist eine etwaige Wertangabe des Absenders (vgl. z. B. § 429 Abs. 2). Über die Wirkung einer solchen Wertangabe vgl. § 429 Anm. IIIc.

9. Unterschrift des Absenders. Unter einer „im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellten Unterschrift" (vgl. BGB. § 793 Abs. 2, HGB. § 181) ist eine Nachahmung der Schriftzüge des Absenders, nicht die Anwendung der gewöhnlichen Buchstabenformen der Schreibschrift oder eine Unterstempelung mit Druckschrift verstanden (Staub Anm 14, Düringer-Hachenburg IV zu Ziff. 9; dagegen CosackHR. § 86 I 2, Lehmann Nr. 16); allerdings ist ein sachlicher Grund, warum nur ersteres hat zugelassen werden sollen, nicht erkennbar. Beim Eisenbahnfrachtbrief ist Ersatz der Unterschrift durch eine gedruckte oder gestempelte Zeichnung zulässig (VerkO. § 51 m).

c. **Eisenbahnfrachtvertrag** insbesondere.

1. Inhalt des Frachtbriefs.

Hierüber bestimmt für den gewöhnlichen Eisenbahnfrachtvertrag VerkO. § 51 (dessen Abs. 2 in der Fassung der Bek. 4 II 05 RGBl. 7):

„(1) Jede Sendung muß von einem Frachtbrief begleitet sein, welcher folgende Angaben enthält:

a) Ort und Tag der Ausstellung.

b) Die Bezeichnung der Versandstation.

c) Die Bezeichnung der Bestimmungsstation und der Bestimmungsbahn, den Namen und den Wohnort des Empfängers sowie die etwaige Angabe, daß das Gut bahnlagernd gestellt ist. Bei Versendung von Gütern nach Orten, welche an einer Eisenbahn nicht gelegen oder nach Eisenbahnstationen, welche für den Güterverkehr nicht eingerichtet sind, ist vom Absender die Eisenbahnstation zu bezeichnen, bis zu welcher das Gut befördert werden soll; der Empfänger hat den Weitertransport zu besorgen, sofern nicht für diesen von der Eisenbahn Einrichtungen getroffen sind (§ 68 Abs. 3).

d) Die Bezeichnung der Sendung nach ihrem Inhalte, die Angabe des Gewichts oder statt dessen eine den besonderen Vorschriften der Versandbahn entsprechende Angabe; ferner bei Stückgut die Anzahl, Art der Verpackung, Zeichen und Nummer der Frachtstücke. Die Eisenbahn ist jedoch berechtigt, die letzteren Angaben auch bei

Gütern in Wagenladungen zu verlangen, sofern die diese bildenden Frachtstücke derartige Bezeichnungen zulassen (§ 58 Abs. 4). Die in Anlage B aufgeführten Gegenstände sind unter der daselbst gebrauchten Bezeichnung in den Frachtbrief aufzunehmen.

e) Das Verlangen des Absenders, Ausnahmetarife unter den im § 81 für zulässig erklärten Bedingungen zur Anwendung zu bringen.

f) Die etwaige Angabe des Interesses an der Lieferung (§§ 84 ff.).

g) Die Angabe, ob die Sendung als Eilgut oder als Frachtgut zu befördern ist (§ 56).

h) Das genaue Verzeichnis der für die zoll- oder steueramtliche Behandlung oder die polizeiliche Prüfung nötigen Begleitpapiere (§ 59).

i) Den Frankaturvermerk im Falle der Vorausbezahlung der Fracht oder der Hinterlegung eines Frankaturvorschusses (§ 61).

k) Die auf dem Gute haftenden Nachnahmen, und zwar sowohl die erst nach Eingang auszuzahlenden, als auch die von der Eisenbahn geleisteten Barvorschüsse (§ 62).

l) Bei Sendungen, welche einer zoll- oder steueramtlichen Abfertigung unterliegen, die zu berührende Abfertigungsstelle, falls der Absender eine solche zu bezeichnen wünscht. Die Eisenbahn hat eine derartige Vorschrift zu befolgen.

Im übrigen bleibt die Wahl des Transportwegs ausschließlich dem Ermessen der Eisenbahn überlassen; letztere ist jedoch verpflichtet, das Gut auf demjenigen Wege zu befördern, welcher nach den Tarifen den billigsten Frachtsatz und die günstigsten Transportbedingungen darbietet.

m) Die Unterschrift des Absenders mit seinem Namen oder seiner Firma sowie Angabe seiner Wohnung. Die Unterschrift kann durch eine gedruckte oder gestempelte Zeichnung ersetzt werden.

n) Den etwaigen Antrag auf Ausstellung eines Frachtbrief-Duplikats oder eines Aufnahmescheins (§ 54).

(2) Die Aufnahme weiterer Erklärungen in den Frachtbrief, die Ausstellung anderer Urkunden anstatt des Frachtbriefs sowie die Beifügung anderer Schriftstücke zum Frachtbrief ist unzulässig, soweit es nicht durch die Verkehrsordnung selbst oder durch die Eisenbahnverwaltungen unter Genehmigung der Landes-Aufsichtsbehörden nach Zustimmung des Reichs-Eisenbahnamts für statthaft erklärt ist. Die Erklärungen, die Urkunden und die Schriftstücke dürfen nur das Frachtgeschäft betreffen."

Von der in VerkO. § 51 Abs. 2 verordneten Unzulässigkeit weiterer Erklärungen macht die VerkO. an verschiedenen Stellen Ausnahmen (Aufzählung bei Eger VerkO. § 51 Anm. 212). Welche Rechtswirkung den in § 51 Abs. 2 zugelassenen Erklärungen der Eisenbahnverwaltungen beiwohnt, vgl. § 453 Anm. III d. Wird eine unzulässige Erklärung in den Frachtbrief aufgenommen, so kann die Bahn die Beförderung mit diesem Frachtbrief ablehnen (§ 453 Nr. 1); nimmt sie aber den Frachtbrief an, so behält dieser die Eigenschaft eines solchen trotz jener Erklärung (Staub Anm. 10); auch ist die Erklärung nicht notwendig wirkungslos (dagegen Eger aaO.).

Über die bei einzelnen Arten des Eisenbahnfrachtvertrags (Reisegepäck, Expreßgut, Leichen, lebende Tiere) vorgeschriebenen oder zugelassenen Gepäck- und Beförderungsscheine vgl. oben Anm. I c 3.

2. Form des Frachtbriefs. Hierüber bestimmt für den Eisenbahnfrachtvertrag VerkO. § 52:

„(1) Zur Ausstellung des Frachtbriefs sind Formulare nach Maßgabe der Anlage C und D zu verwenden, welche auf allen Stationen zu den im Tarife festzusetzenden Preisen käuflich zu haben sind. Dieselben müssen für gewöhnliche Fracht auf weißes Papier, für Eilfracht gleichfalls auf weißes Papier, jedoch mit einem auf der Vorder- und Rückseite oben und unten am Rande anzubringenden karminroten Streifen, gedruckt sein. Für die Frachtbriefe ist Schreibpapier zu verwenden, welches die von dem Reichs-Eisenbahnamte festzusetzende Beschaffenheit besitzt.

(2) Es können jedoch durch die Landesaufsichtsbehörde mit Zustimmung des Reichs-

Eisenbahnamts für regelmäßig wiederkehrende Transporte zwischen bestimmten Orten sowie für Sendungen, welche zur Weiterbeförderung über See bestimmt sind, Abweichungen von den Vorschriften des ersten Absatzes zugelassen werden.

(3) Die Frachtbriefe müssen zur Beurkundung ihrer Übereinstimmung mit den desfallsigen Vorschriften den Kontrollstempel einer inländischen Eisenbahn tragen. Die Stempelung erfolgt bei den nicht für Rechnung der Eisenbahn gedruckten Frachtbriefen gegen eine im Tarife festzusetzende Gebühr und kann verweigert werden, sofern nicht gleichzeitig mindestens 100 Frachtbriefe vorgelegt werden.

(4) Sofern der auf dem Frachtbriefformulare für die Beschreibung der Güter vorgesehene Raum sich als unzureichend erweist, hat dieselbe auf der Rückseite der für die Adresse bestimmten Hälfte des Formulars nach Maßgabe der Spalten des Frachtbriefs zu erfolgen. Reicht auch dieser Raum nicht aus, so sind dem Frachtbriefe besondere, die Beschreibung enthaltende und vom Absender zu unterzeichnende Blätter im Formate des Frachtbriefs fest anzuheften, auf welche in diesem besonders hinzuweisen ist. In den erwähnten Fällen ist in den vorgedruckten Spalten des Frachtbriefs das Gesamtgewicht der Sendung unter Angabe der für die Tarifierung maßgebenden Bezeichnung der Transportgegenstände, nötigenfalls unter Scheidung derselben nach den Tarifklassen, anzugeben. Den beigegebenen Blättern ist der Abfertigungsstempel der Versandstation aufzudrücken.

(5) Es ist gestattet, auf der Rückseite der für die Adresse bestimmten Hälfte des Frachtbriefs die Firma des Ausstellers aufzudrucken. Ebendaselbst können auch — jedoch ohne Verbindlichkeit und Verantwortlichkeit für die Eisenbahn — die folgenden nachrichtlichen Vermerke angebracht werden: „von Sendung des NN.“, „im Auftrage des NN.“, „zur Verfügung des NN.“, „zur Weiterbeförderung an NN.“, „versichert bei NN.“. Diese Vermerke können sich nur auf die ganze Sendung beziehen.

(6) Die stark umrahmten Teile des Formulars sind durch die Eisenbahn, die übrigen durch den Absender auszufüllen. Bei Aufgabe von Gütern, welche der Absender zu verladen hat, sind von diesem auch die Nummer und die Eigentumsmerkmale des Wagens an der vorgeschriebenen Stelle einzutragen.

(7) Mehrere Gegenstände dürfen nur dann in einen und denselben Frachtbrief aufgenommen werden, wenn das Zusammenladen derselben nach ihrer Beschaffenheit ohne Nachteil erfolgen kann und Zoll-, Steuer- oder Polizeivorschriften nicht entgegenstehen. Den laut § 50 B bedingungsweise zur Beförderung zugelassenen Gegenständen sind besondere, andere Gegenstände nicht umfassende Frachtbriefe beizugeben. Werden bedingungsweise zur Beförderung zugelassene Gegenstände, für welche die Vereinigung mit anderen Gegenständen in ein Frachtstück nach Anlage B Nr. XXXV gestattet ist, mit anderen Gütern zusammen zur Beförderung in Wagenladungen aufgegeben, so bedarf es der Beigabe eines besonderen Frachtbriefs für diese Gegenstände nicht. Für derartige Wagenladungen genügt e i n Frachtbrief, in welchem jedoch die nur bedingungsweise zugelassenen Güter als solche durch Hinzufügung des Worts „(bedingungsweise)“ ausdrücklich bezeichnet werden müssen. Den nach den Vorschriften dieser Ordnung oder des Tarifs oder nach besonderer Vereinbarung vom Absender aufzuladenden oder vom Empfänger abzuladenden Gütern sind besondere, andere Gegenstände nicht umfassende Frachtbriefe beizugeben.

(8) Die Versandstation kann verlangen, daß für jeden Wagen ein besonderer Frachtbrief beigegeben wird.“

IV. **Haftung des Absenders für Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben im Frachtbrief (§ 426 Abs. 3).**

a. **Allgemeines.** Die Vorschrift entspricht dem Berner Vertrag Art. 7 Abs. 1 und der Verkehrsordnung § 53 Abs. 1. Die Haftung des Absenders tritt ein ohne Rücksicht darauf, ob ihm ein Verschulden zur Last fällt oder nicht (D. 256; abweichend bei Seefracht § 563). Sie besteht in der Verpflichtung zum Ersatz desjenigen Schadens, für den das Vertrauen des Frachtführers auf Richtigkeit und Vollständigkeit ursächlich war (Staub Anm. 15). Sie kann

unter Umständen beschränkt oder ausgeschlossen werden durch Mitverschulden des Frachtführers (BGB. § 254, Staub Anm. 16, Düringer-Hachenburg Anm. V 3; vgl. § 427 Satz 2). Ein solches ist z. B. anzunehmen, wenn er das Gut mit Frachtbrief zur Beförderung angenommen hat, trotzdem die Nichtübereinstimmung des Guts mit der Frachtbriefangabe offensichtlich ist (z. B. Übergabe einer Kanne statt angegebener Kiste, vgl. RG. 37 12). Darüber hinaus ist jedoch der Frachtführer im Verhältnis zum Absender (vgl. oben Anm. I b 3) nicht verpflichtet zu einer Nachprüfung der im Frachtbrief enthaltenen Angaben (ROH. 23 307); ob anders bezüglich der Begleitpapiere, vgl. § 427 Anm. II a 3. Vertragliche Einschränkung in den Grenzen des BGB. § 276 Abs. 2, § 278 Satz 2 ist zulässig.

b. **Eisenbahnfrachtvertrag.** Der hierauf bezügliche § 53 VerkO. lautet:

„(1) Der Absender haftet für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in den Frachtbrief aufgenommenen Angaben und Erklärungen und trägt alle Folgen, welche aus unrichtigen, ungenauen oder ungenügenden Erklärungen entspringen.

(2) Die Eisenbahn ist jederzeit berechtigt, die Übereinstimmung des Inhalts der Sendungen mit den Angaben des Frachtbriefs zu prüfen und das Ergebnis festzustellen. Der Berechtigte ist einzuladen, bei der Prüfung zugegen zu sein, vorbehaltlich des Falls, wenn die letztere auf Grund polizeilicher Maßregeln, die der Staat im Interesse der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung zu ergreifen berechtigt ist, stattfindet. Erscheint der Berechtigte nicht, so sind zwei Zeugen beizuziehen.

(3) Zur Ermittelung des Gewichts und der Stückzahl einer Sendung ist die Eisenbahn jederzeit berechtigt. Die Eisenbahn ist verpflichtet, das Gewicht der Stückgüter bei der Aufgabe festzustellen. Ausdrücklichen Anträgen des Absenders auf Feststellung der Stückzahl oder des Gewichts der Wagenladungsgüter ist die Eisenbahn gegen eine im Tarife festzusetzende Gebühr stattzugeben verpflichtet, sofern die Güter vermöge ihrer Beschaffenheit eine derartige Feststellung ohne erheblichen Aufenthalt gestatten und die vorhandenen Wägevorrichtungen ausreichen. Einem Antrag auf bahnseitige Gewichtsfeststellung ist es in allen Fällen, wo die Fracht tarifmäßig nach dem Gewichte berechnet wird, gleichzuachten, wenn der Absender im Frachtbriefe kein Gewicht angegeben hat.

(4) Dem Absender steht frei, bei der Ermittelung des Gewichts und der Stückzahl zugegen zu sein. Verlangt der Absender, nachdem die Feststellung seitens der Eisenbahn bereits erfolgt ist, vor der Verladung der Güter eine nochmalige Ermittelung der Stückzahl oder des Gewichts in seiner Gegenwart, so ist die Eisenbahn berechtigt, auch dafür die tarifmäßige Gebühr zu erheben.

(5) Die Feststellung des Gewichts wird von der Versandstation durch den Wägestempel auf dem Frachtbriefe bescheinigt.

(6) Für die Beladung der Wagen ist das daran vermerkte Ladegewicht maßgebend. Eine stärkere Belastung ist bis zu der an den Wagen angeschriebenen Tragfähigkeit insoweit zulässig, als nach der natürlichen Beschaffenheit des Guts nicht zu befürchten ist, daß infolge von Witterungseinflüssen während des Transports die Belastung über die Grenze der Tragfähigkeit hinausgehen werde. Eine die Tragfähigkeit überschreitende Belastung — Überlastung — ist in keinem Falle gestattet. Bei solchen außerdeutschen Wagen, die nur eine, die zulässige Belastung kennzeichnende, dem Ladegewichte der deutschen Wagen entsprechende Anschrift tragen, darf das angeschriebene „Ladegewicht" oder die angeschriebene „Tragfähigkeit" bei der Beladung keinesfalls um mehr als 5% überschritten werden.

(7) Bei unrichtiger Angabe des Inhalts einer Sendung oder bei zu niedriger Angabe des Gewichts einer Wagenladung sowie bei Überlastung eines vom Absender selbst beladenen Wagens ist — abgesehen von der Nachzahlung des etwaigen Frachtunterschieds und dem Ersatze des entstandenen Schadens sowie den durch strafgesetzliche oder polizeiliche Bestimmungen vorgesehenen Strafen — ein Frachtzuschlag an die am Transporte beteiligten Eisenbahnen zu zahlen, dessen Höhe wie folgt festgesetzt wird:

(8) Wenn die im § 50 A Ziffer 4 und in der Anlage B aufgeführten Gegenstände, unter unrichtiger oder ungenauer Inhaltsangabe zur Beförderung aufgegeben oder die

in Anlage B gegebenen Sicherheitsvorschriften bei der Aufgabe außer acht gelassen werden, so beträgt der Frachtzuschlag 12 Mark für jedes Brutto-Kilogramm des ganzen Versandstücks.

(9) In allen anderen Fällen unrichtiger Inhaltsangabe beträgt der Frachtzuschlag, sofern die unrichtige Inhaltsangabe eine Frachtverkürzung herbeizuführen nicht geeignet ist, 1 Mark für den Frachtbrief, sonst das Doppelte des Unterschieds zwischen der Fracht von der Aufgabe- bis zur Bestimmungsstation für den angegebenen und der für den ermittelten Inhalt, mindestens aber 1 Mark.

(10) Im Falle zu niedriger Angabe des Gewichts einer Wagenladung beträgt der Frachtzuschlag das Doppelte des Unterschieds zwischen der Fracht, welche für das angegebene und für das ermittelte Gewicht von der Aufgabe- bis zur Bestimmungsstation zu entrichten ist.

(11) Im Falle der Überlastung (Abs. 6) eines vom Absender selbst beladenen Wagens beträgt der Frachtzuschlag das Sechsfache der Fracht von der Aufgabe- bis zur Bestimmungsstation für das die zulässige Belastung übersteigende Gewicht. Diese Bestimmung ist auch auf solche Gegenstände, deren Fracht tarifmäßig nicht nach dem Gewichte berechnet wird, sinngemäß anzuwenden. Ist insbesondere die Fracht nach der Ladefläche zu berechnen, so erfolgt die Ermittelung des Frachtzuschlags in der Weise, daß zunächst die nach der Ladefläche des verwendeten Wagens berechnete Fracht als Fracht für das im einzelnen Falle zulässige höchste Belastungsgewicht angesehen, der sich hiernach für das höchste Belastungsgewicht ergebende Frachtbetrag sodann verhältnismäßig auf das Übergewicht übertragen und der für das Übergewicht gefundene Frachtbetrag sechsfach genommen wird.

(12) Wenn gleichzeitig eine zu niedrige Gewichtsangabe und eine Überlastung vorliegt, so wird sowohl der Frachtzuschlag für zu niedrige Gewichtsangabe (Abs. 10), als auch der Frachtzuschlag für Überlastung (Abs. 11) erhoben.

(13) Ein Frachtzuschlag wird nicht erhoben:

a) bei unrichtiger Gewichtsangabe und bei Überlastung, wenn der Absender im Frachtbriefe die Verwiegung verlangt hat,

b) bei einer während des Transports infolge von Witterungseinflüssen eingetretenen Überlastung, wenn der Absender nachweist, daß er bei der Beladung des Wagens das daran vermerkte Ladegewicht nicht überschritten hat."

Der Frachtzuschlag hat die Eigenschaft einer Vertragsstrafe (RG. 47 37, RG. 3 VI 05 EisenbEntsch. 22 75, OLG. Frankfurt 15 XI 05 EisenbEntsch. 22 296, Schmitt EisenbEntsch. 22 199). Er ist schon durch die Aufgabe des Frachtstücks verwirkt, auch wenn die Eisenbahn bei gehöriger Sorgfalt das Frachtstück nicht hätte zur Beförderung annehmen dürfen (RG. 47 40); ob durch Nachweis mangelnden Verschuldens des Absenders die Verpflichtung zur Zahlung des Frachtzuschlags fortfällt, ist streitig (vgl. Schmitt EisenbEntsch. 22 330). Die Einforderung des Frachtzuschlags ist an sich nicht an die in HGB. § 470 Abs. 1, VerkO. § 61 Abs. 5—7 bestimmte Frist geknüpft (RG. 47 38, Schmitt EisenbEntsch. 22 423; dagegen OLG. Frankfurt 15 XI 05 EisenbEntsch. 22 296). Indessen wird die Forderung auf den Frachtzuschlag als vom Frachtanspruch abhängende Nebenleistung anzusehen (Schmitt EisenbEntsch. 22 426), und daher (BGB. § 224) wird anzunehmen sein, daß sie spätestens gleichzeitig mit dem Frachtanspruch (§ 470 Anm. I) verjährt.

§ 427.

Begleitpapiere.

Der Absender ist verpflichtet, dem Frachtführer die Begleitpapiere zu übergeben, welche zur Erfüllung der Zoll-, Steuer- oder Polizeivorschriften vor der Ablieferung an den Empfänger erforderlich sind. Er haftet dem Frachtführer, sofern nicht diesem ein Verschulden zur Last fällt, für alle Folgen, die aus dem Mangel, der Unzulänglichkeit oder der Unrichtigkeit der Papiere entstehen.

ADH. Art. 393. **Entw. I** § 401. **Entw. II** § 419.

I Übergabe der Begleitpapiere.

a. **Begleitpapiere.** Der § 427 bezieht sich nur auf diejenigen Papiere, die zur Erfüllung der Zoll-, Steuer- und Polizeivorschriften, und nur auf diejenigen, die bis zur Ablieferung an den Empfänger erforderlich sind. Diese Papiere sollen im Frachtbrief verzeichnet werden (§ 426 Nr. 6). Die Erwähnung der Polizeivorschriften ist neu aufgenommen im Anschluß an Berner Vertrag Art. 10 und VerkO. § 59 (D. 256); hierunter fallen z. B. Leichenpässe (VerkO. § 42 Abs. 4), Bescheinigungen über erfolgte Untersuchung auf Schädlinge, Entseuchungszeugnisse. Nicht nur bei Versendungen ins Ausland kann die Vorschrift in Betracht kommen (dagegen Lehmann § 426 Nr. 13). Sind weitere Papiere für die Zeit nach Ablieferung erforderlich, z. B. zur Überführung der Ware aus dem Freihafengebiet, wo sie abgeliefert ist, in das Zollinland, wo der Empfänger seinen Wohnsitz hat, so kann der Frachtführer nicht auch diese Papiere übergeben verlangen; vielmehr hat sich insoweit der Empfänger unmittelbar an den Absender zu halten, wenn letzterer deren Beschaffung übernommen hat. Werden durch Änderung des Beförderungsauftrags (§ 433 Abs. 1), durch Verweigerung der Annahme seitens des Empfängers oder durch den Erlaß neuer Zoll-, Steuer- oder Polizeivorschriften neue Begleitpapiere erforderlich, so entsteht ein Anspruch auf deren Übergabe, sobald das betreffende Ereignis eintritt; vorher tritt die Haftung aus § 427 nicht ein. — Auf *andere* Begleitpapiere ist § 427 nicht anwendbar; so nicht auf Begleitpapiere, zu deren Mitgabe der Absender im Verhältnis zum *Empfänger* verpflichtet ist, z. B. der Stammbaum des beförderten Tiers.

b. **Übergeben.** Der Frachtführer kann mangels gegenteiliger Abreden Übertragung des *unmittelbaren* Besitzes verlangen und braucht vor erfolgter Übertragung nicht die Beförderung zu beginnen. Absendung der Begleitpapiere an den Frachtführer genügt noch nicht. Nimmt der Frachtführer die ihm zugesandten ordnungsmäßigen Begleitpapiere nicht an, so gelangt er bezüglich der Begleitpapiere in Annahmeverzug und bezüglich der daraufhin unterlassenen Beförderung unter Umständen in Leistungsverzug.

II. Haftung des Absenders.

a. **Voraussetzungen.**

1. *Mangel, Unzulänglichkeit oder Unrichtigkeit der Papiere.* „Mangel“ bezeichnet das vollständige Fehlen erforderlicher (im Frachtbrief nicht genannter) Papiere, „Unzulänglichkeit“ das Nichtgenügen der vorhandenen zur Erfüllung der Zoll-, Steuer oder Polizeivorschrift, „Unrichtigkeit“ die Nichtübereinstimmung des Inhalts vorhandener und an sich genügender mit den durch sie bezeugten Tatsachen. Der § 426 Abs. 3 in seiner Anwendung auf § 426 Abs. 2 Nr. 6 betrifft den Fall des Fehlens oder der Unvollständigkeit der im Frachtbrief aufgeführten Papiere oder des Vorhandenseins nichtaufgeführter.
2. *Verschulden des Absenders ist nicht erforderlich* (P. 4729, ROH. **24** 213; ebenso Staub Anm. 3, Lehmann Nr. 6, Düringer-Hachenburg Anm. III 1). Anderenfalls hätte es in § 427 Satz 2 heißen müssen: „sofern nicht *auch* diesem . . .“. Abweichendes gilt für den Seefrachtvertrag (§ 563). Dennoch muß das Verhalten des Absenders *ursächlich* für das Entstehen des Schadens sein. Er trägt daher z. B. nicht auch die Gefahr dafür, daß die Behörde entgegen den bestehenden Vorschriften *willkürlich* die Papiere für unzulänglich erklärt und mit Rücksicht darauf das Beförderungsgerät des Frachtführers vernichtet. Der Absender haftet für seinen Gehilfen gemäß BGB. § 278 (vgl. Str. **67** 143). Vertragliche Ausschließung der Haftung ist in den Grenzen des BGB. §§ 276 Abs. 2, 278 Satz 2 zulässig.
3. *Verschulden des Frachtführers darf nicht vorliegen.* Den Beweis, daß es vorliege, hat der Absender zu führen. Dem Verschulden des Frachtführers steht gleich ein Verschulden seiner Leute und ein Verschulden anderer Personen, deren er sich bei Aus-

führung der Beförderung bedient (§ 431). Das Vorliegen eines Verschuldens des Frachtführers hat jedoch nicht immer, wie es nach dem Wortlaut des § 427 scheinen könnte, die Wirkung, daß der Absender von seiner Haftung ganz frei wird. Vielmehr kann der Schaden verteilt werden unter Berücksichtigung, wer vorwiegend ihn verursacht hat (BGB. § 254; ebenso Staub Anm. 5; vgl. P. 5093). Hat der Frachtführer allein ihn verursacht, so ist er seinerseits allein schadensersatzpflichtig. — Ein Verschulden des Frachtführers kann im Einzelfall auch darin liegen, daß er den Absender nicht darauf aufmerksam gemacht hat, welche Begleitpapiere erforderlich seien. Die Frage, ob der Frachtführer allgemein eine solche Verpflichtung habe, sollte durch § 427 nicht entschieden werden (P. 4729). Die Frage wird grundsätzlich zu verneinen sein (vgl. RG. 23 XI 94 JW. **95** 16[42]; ebenso Düringer-Hachenburg Anm. III 2; dagegen Staub Anm. 5); die Verpflichtungen des Frachtführers sind in dieser Beziehung geringer als die des Speditörs. Demgemäß bestimmt auch VerkO. § 59 Abs. 2, daß der Eisenbahn eine Prüfung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Begleitpapiere nicht obliege. Dennoch kann im Einzelfall auch für den Frachtführer eine solche Verpflichtung bestehen; z. B. wenn er sie vertragsmäßig übernommen hat, wenn die Übernahme verkehrsüblich ist, wenn er hierüber mit dem Willen, für die Richtigkeit einstehen zu wollen, einen Rat erteilt hat, oder wenn er trotz Kenntnis von dem Mangel, der Unzulänglichkeit oder der Unrichtigkeit und davon, daß die Papiere erforderlich sind, wider Treu und Glauben ohne Benachrichtigung des Absenders die Beförderung ausführt. Umgekehrt kann die Haftung des Frachtführers vertraglich in den Grenzen des BGB. §§ 276 Abs. 2, 278 Satz 2 ausgeschlossen werden.

b. **Haftungspflichtiger** ist der Absender. Die Vorschrift des § 427 ist nicht auch entsprechend anzuwenden auf das Verhältnis eines Vorfrachtführers zu einem Nachfrachtführer (ROH. **24** 213). Nicht berührt durch § 427 sind etwaige aus besonderem Rechtsgrund aus Anlaß derselben schädigenden Handlung entstehende Schadensersatzansprüche des Frachtführers gegen andere Personen. So wird ihm z. B. durch Annahme des Guts mit dem Frachtbrief der Empfänger haftbar für das aus dem Inhalt des Frachtbriefs erkennbare Fehlen und die daraus erkennbaren Unzulänglichkeiten oder Unrichtigkeiten der Begleitpapiere (§ 436 Anm. IV b). Ebenso sind unberührt etwaige Schadensersatzansprüche Dritter gegen den Absender. Letzterer haftet z. B. dem durch den Frachtführer namens des Absenders mit der Verzollung beauftragten Speditör, der infolge Unrichtigkeit der Angaben in der Zollerklärung persönlich Schaden erlitten hat (ROH. **13** 6, RG. **26** 109, Bolze **12** Nr. 394).

c. **Inhalt der Haftung** ist Schadensersatzpflicht. Daneben hat der Frachtführer, wenn der Absender in Annahmeverzug ist, wenn also insbesondere der Frachtführer den Absender vergeblich zur Übermittlung der erforderlichen Papiere aufgefordert hat (BGB. § 295), ein Kündigungsrecht gemäß BGB. § 643 mit der Wirkung, daß er die in BGB. § 645 bestimmten Ansprüche geltend machen kann.

III. **Eisenbahnfrachtvertrag** insbesondere. Über Zoll-, Steuer-, Polizei- und statistische Vorschriften beim Eisenbahnfrachtvertrag bestimmt VerkO. § 59:

„(1) Der Absender ist verpflichtet, dem Frachtbriefe diejenigen Begleitpapiere beizugeben, welche zur Erfüllung der etwa bestehenden Zoll-, Steuer- oder Polizeivorschriften vor der Ablieferung an den Empfänger erforderlich sind. Er haftet der Eisenbahn, sofern derselben nicht ein Verschulden zur Last fällt, für alle Folgen, welche aus dem Mangel, der Unzulänglichkeit oder Unrichtigkeit dieser Papiere entstehen.

(2) Der Eisenbahn liegt eine Prüfung der Richtigkeit und Vollständigkeit derselben nicht ob.

(3) Die Zoll-, Steuer- und Polizeivorschriften werden, solange das Gut sich auf dem Wege befindet, von der Eisenbahn erfüllt. Sie kann diese Aufgabe unter ihrer eigenen Verantwortlichkeit einem Speditör übertragen oder gegen eine im Tarife festzusetzende Gebühr selbst übernehmen. In beiden Fällen hat sie die Verpflichtungen eines Speditörs.

(4) Falls der Absender eine Art der Abfertigung beantragt hat, welche im gegebenen Falle nicht zuläſſig ist, so hat die Eisenbahn diejenige Abfertigung zu veranlassen, welche sie für das Interesse des Absenders am vorteilhaftesten erachtet. Der Absender ist hiervon zu benachrichtigen.

(5) Der Verfügungsberechtigte kann der Zollbehandlung entweder selbst oder durch einen im Frachtbriefe bezeichneten Bevollmächtigten beiwohnen, um die nötigen Aufklärungen über die Tarifierung des Guts zu erteilen und seine Bemerkungen beizufügen. Diese Befugnis begründet nicht das Recht, das Gut in Besitz zu nehmen oder die Zollbehandlung selbst vorzunehmen.

(6) Bei der Ankunft des Guts am Bestimmungsorte steht dem Empfänger das Recht zu, die zoll- und steueramtliche Behandlung zu besorgen, falls nicht im Frachtbrief etwas anderes festgesetzt ist.

(7) Bezüglich der Güter, welche über die Grenzen des deutschen Zollgebiets ein-, aus- oder durchgeführt werden, sind die reichsgesetzlichen Bestimmungen, betreffend die Statistik des Warenverkehrs, und die dazu erlassenen Ausführungsvorschriften zu beachten. Die Beschaffung der nach diesem Gesetz erforderlichen Anmeldescheine in betreff der Ein-, Aus- und Durchfuhr liegt dem Absender bezw. Empfänger ob. Sofern solche eisenbahnseitig bewirkt wird, kommen dafür die im Tarife festzusetzenden Gebühren zur Erhebung. Anmeldescheine, welche mit dem Stempel des Kaiserlichen Statistischen Amts nicht versehen sind, unterliegen behufs Feststellung ihrer Übereinstimmung mit dem vorgeschriebenen Formulare der zuvorigen Abstempelung seitens der Eisenbahn gegen die im Tarife festzusetzende Gebühr."

§ 428.

Lieferzeit. Beförderungshindernis.

Ist über die Zeit, binnen welcher der Frachtführer die Beförderung bewirken soll, nichts bedungen, so bestimmt sich die Frist, innerhalb deren er die Reise anzutreten und zu vollenden hat, nach dem Ortsgebrauche. Besteht ein Ortsgebrauch nicht, so ist die Beförderung binnen einer den Umständen nach angemessenen Frist zu bewirken.

Wird der Antritt oder die Fortsetzung der Reise ohne Verschulden des Absenders zeitweilig verhindert, so kann der Absender von dem Vertrage zurücktreten; er hat jedoch den Frachtführer, wenn diesem kein Verschulden zur Last fällt, für die Vorbereitung der Reise, die Wiederausladung und den zurückgelegten Theil der Reise zu entschädigen. Ueber die Höhe der Entschädigung entscheidet der Ortsgebrauch; besteht ein Ortsgebrauch nicht, so ist eine den Umständen nach angemessene Entschädigung zu gewähren.

ADH. Art. 394. **Entw. I** § 402. **Entw. II** § 420.

I. *Lieferfrist* (§ 428 **Abs. 1**).

a. **Nichtbedingen der Zeit, binnen welcher die Beförderung zu bewirken.** Dies ist nur ein zusammenfassender Ausdruck für „die Frist, innerhalb deren er die Reise anzutreten und zu vollenden hat". Wollte man dies annehmen, so würden Vordersatz und Nachsatz einander nicht entsprechen. Die Voraussetzung des § 428 Abs. 1 ist daher in Ansehung des Antritts der Reise nicht gegeben, wenn ohne Festsetzung der Beförderungsdauer bedungen ist, daß der Frachtführer am 15. Juli mit der Beförderung beginnen soll. Er hat dann am 15. Juli zu beginnen, ohne daß es in dieser Beziehung auf Ortsgebrauch oder Angemessenheit ankommt. Ist ohne Festsetzung eines Zeitpunkts für den Beförderungsbeginn der Zeitpunkt

der Ablieferung bedungen, so kommt es nur auf die Einhaltung des letzteren an; solange daher dessen Einhaltung nicht andernfalls unmöglich würde, kann der Absender nicht unter Berufung auf Ortsgebrauch oder Angemessenheit den Beförderungsbeginn erzwingen. Eine etwaige Festsetzung über die Beförderungszeit soll in den Frachtbrief aufgenommen werden (§ 426 Nr. 8).

b. **Ortsgebrauch, in dessen Ermangelung Angemessenheit, entscheidend.** Der Ortsgebrauch ist eine örtlich beschränkte Verkehrssitte (12. Aufl. 3 3). Für den Beginn der Beförderung ist der Ortsgebrauch desjenigen Orts maßgebend, von welchem aus die Beförderung begonnen werden soll (P. 785, 4679). Für die Fortsetzung wird (entsprechend dem § 361) der Ortsgebrauch desjenigen Orts für maßgebend zu erachten sein, bis zu welchem die Beförderung jeweils vorgeschritten ist, in der Regel also derjenige, wo das Gut sich jeweils befindet. Über die Frage, in welchen Fällen die Zureise behufs Abholung des Guts bereits einen Antritt der Reise enthält, vgl. § 425 Anm. II e 5. Für den Eisenbahnverkehr enthält § 453 Abs. 3 über die Reihenfolge der Erledigung mehrerer Frachtaufträge eine Sonderbestimmung, die sogar (§ 471) gegenteilige Vertragsabreden ausschließt; vgl. ferner unten Anm. III f.

II. **Dauernde Verhinderung von Antritt oder Fortsetzung der Reise.** Dies ist der Fall einer dauernden Unmöglichkeit der Erfüllung. Er ist in § 428 nicht behandelt (Str. 71 67, ROH. 4 175, LG. Hamburg 5 XII 91 ZHR. 44 250). D. 256 bemerkt: „Bei einer dauernden Verhinderung des Antritts oder der Fortsetzung der Reise kommt die bezeichnete Vorschrift des Entwurfs nicht zur Anwendung; für diesen Fall sind vielmehr ebenso wie bisher die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts maßgebend (zu vgl. BGB. §§ 323 ff., 645). Demzufolge kann, wenn die Weiterbeförderung des Guts durch Zufall dauernd verhindert wird, der Frachtführer in der Regel keine Distanzfracht verlangen. Eine Ausnahme erleidet dieser Grundsatz, sofern nach den Umständen des Falls die Ausführung eines Teils der Reise als eine teilweise Erfüllung im Sinne des § 323 BGB. angesehen werden kann, oder sofern die Unmöglichkeit der Beförderung durch die Beschaffenheit des Guts veranlaßt ist. Das Recht auf die Distanzfracht nach dem Vorbilde des § 70 (gemeint scheint der damalige § 68, jetzt § 69) des Binnenschiffahrtsgesetzes weiter auszudehnen, liegt kein hinreichender Grund vor." Dauernde Unmöglichkeit der Beförderung beendet den Frachtvertrag (RG. 38 145). Für den zwischenstaatlichen Eisenbahnfrachtvertrag regelt Berner Vertrag Art. 18 auch den Fall dauernder Unmöglichkeit infolge höherer Gewalt oder Zufalls. — Über Unmöglichkeit der Ablieferung vgl. § 437 Anm. 1 c.

III. **Zeitweilige, vom Absender nicht verschuldete Verhinderung von Antritt oder Fortsetzung der Reise (§ 428 Abs. 2).** Unerheblich ist, ob eine bestimmte Beförderungszeit bedungen ist oder nicht (Staub Anm. 5, Düringer-Hachenburg Anm. II 1).

a. **Zeitweilige Verhinderung oder Fortsetzung der Reise.**

1. Zeitweilige Verhinderung. Keine „Verhinderung" ist eine für beide Parteien unerhebliche Verzögerung (P. 789, 4687, ROH 4 174; abweichend Thöl 3 32 Anm. 2). Keine „zeitweilige", sondern eine dauernde diejenige, die zwar nur für beschränkte Zeitdauer in Aussicht steht, aber trotzdem den erkennbaren Zweck, für den der Absender die Beförderung wollte, vollständig vereitelt (ähnlich ROH. 4 174; vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IV c 3, Bolze 17 Nr. 430). Unter „Verhinderung" ist die Unmöglichkeit zu verstehen (zust. Düringer-Hachenburg Anm. V 2; dagegen Lehmann 2 321 Fußnote 1). Nicht § 428 Abs. 2 (dagegen Lehmann Nr. 11), sondern BGB. § 636 (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. V) kommt mithin zur Anwendung, wenn aus anderem Grund als wegen zeitweiliger Unmöglichkeit der Beförderung diese ohne oder mit Verschulden des Frachtführers verspätet vorgenommen wird. So z. B. BGB. § 636 Abs. 1 Satz 1 (dagegen Lehmann Nr. 13), wenn der Frachtführer die ohne kalendermäßige Bestimmung der Beförderungszeit übernommene Beförderung trotz Nichtvorliegens eines Hindernisses verzögert, der Absender aber nicht gemahnt hat.
2. Antritt oder Fortsetzung der Reise. Der Fall, daß nach Vollendung der Reise ein Ablieferungshindernis eintritt, fällt gleichfalls unter § 428 (dagegen Lehmann Nr. 7), denn die Ablieferung ist Teil der vom Frachtführer übernommenen Beförderung (§ 425

Anm. II e 3). Über den Fall des Ablieferungshindernisses bestimmt § 437. Doch setzt er einen noch bestehenden Ablieferungsauftrag voraus (§ 437 Anm. II a); mithin ist anzunehmen, daß der Frachtführer die Rechte aus § 437 nicht mehr ausüben kann, wenn der Absender gemäß § 428 Abs. 2 mit Recht zurückgetreten ist.

3. Der Reise Verhinderung liegt auch dann vor, wenn die Verhinderung nicht in bezug auf das Beförderungsmittel, sondern in bezug auf das Frachtgut eintritt, wenn z. B. letzteres durch die Zollbehörde festgehalten wird (OLG. Hamburg 30 I 05 OLGRspr. **10** 353). Auch schon vor Übergabe des Guts an den Frachtführer kann eine solche Verhinderung eintreten. Auch schon vor Ausscheidung des zu übergebenden Guts aus der Gattung (dagegen OLG. Hamburg aaO.).

b. **„Ohne Verschulden des Absenders."** Diese Fassung stellt klar, daß die Voraussetzung des § 428 Abs. 2 nicht nur dann vorliegt, wenn das Hindernis durch Naturereignisse oder sonstige Zufälle verursacht ist, sondern auch dann, wenn der Frachtführer es herbeigeführt hat (D. 256). Dem „Verschulden" ist die aus anderen Gründen eintretende Vertretungspflicht gleichzustellen. So ist z. B. der Absender auch ohne Verschulden vertretungspflichtig für die Übergabe der erforderlichen Begleitpapiere (§ 427 Anm. II a 2); er kann daher, wenn eine unverschuldete Unzulänglichkeit der Begleitpapiere die Reise zeitweilig verhindert, dennoch nicht gemäß § 428 Abs. 2 zurücktreten. Der Umstand, daß das Hindernis in dem Zustand der Güter liegt, schließt nicht (was Staub Anm. 3, Düringer-Hachenburg Anm. V 3 annehmen) unbedingt den Rücktritt gemäß § 428 aus, sondern nur dann, wenn im Einzelfall der Absender bezüglich dieses Zustands vertretungspflichtig ist. — Vier Fälle sind zu unterscheiden:

1. Weder Absender noch Frachtführer haben das Vorhandensein des Hindernisses zu vertreten. Dann hat der Absender das Rücktrittsrecht aus § 428 Abs. 2, muß jedoch den Frachtführer in dem daselbst bestimmten Umfang entschädigen.
2. Der Absender allein hat das Vorhandensein des Hindernisses zu vertreten. Dann hat der Absender nicht das Rücktrittsrecht aus § 428 Abs. 2, sondern nur aus BGB. § 649. Der Frachtführer behält daher den Anspruch auf die Fracht, hat sich jedoch anrechnen zu lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Übt der Absender das Rücktrittsrecht des BGB. § 649 nicht aus, so hat nach allgemeinen Grundsätzen der Frachtführer Anspruch auf Ersatz des ihm durch die einstweilige Hinderung entstandenen Schadens (§ 425 Anm. III d).
3. Der Frachtführer allein hat das Vorhandensein des Hindernisses zu vertreten. Dann hat der Absender das Rücktrittsrecht aus § 428 Abs. 2 (P. 4688), und der Frachtführer kann weder die Fracht noch Schadensersatz beanspruchen. Doch hat er — höchstens bis zum Betrag des in § 428 Abs. 2 bestimmten Schadensersatzes — Anspruch auf Herausgabe der etwaigen Bereicherung, z. B. falls durch die geschehene Ortsveränderung eine Wertvermehrung des beförderten Guts eingetreten ist. Ob andererseits der Frachtführer ersatzpflichtig bezüglich eines etwa dem Absender verursachten Schadens ist (bejahend Thöl **3** 33), hängt davon ab, ob man die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs neben dem Rücktritt für zulässig erachtet (hierüber Anhang zu § 377 Anm. III e; bejahend RG. 10 VI 02 JW. Beilage 252[160]). Nur wenn man ihn für zulässig hält (§ 429 Anm. II d), folgt die Schadensersatzpflicht aus § 429. — Daß der Absender im Fall zeitweiliger Unmöglichkeit die Wahl habe, statt gemäß § 428 Abs. 2 gemäß BGB. § 325 vorzugehen (so anscheinend Lehmann Nr. 13), ist wohl nicht anzunehmen; die Rechte des Absenders bei zeitweiliger Unmöglichkeit sollten wohl erschöpfend durch § 428 Abs. 2 geregelt werden.
4. Absender und Frachtführer sind beide vertretungspflichtig für das Vorhandensein des Hindernisses. Dann hat der Absender nicht das Rücktrittsrecht aus § 428 Abs. 2, sondern nur aus BGB. § 649. Der Frachtführer behält den Anspruch auf die Fracht, hat sich jedoch anrechnen zu lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Ist dem Absender oder dem Frachtführer

ein Schaden entstanden (wozu auf seiten des Absenders der dem Frachtführer nach Vorstehendem zu zahlende Frachtbetrag abzüglich der durch die Beförderung des Guts etwa eingetretenen Wertvermehrung des letzteren gehört), so ist dieser gemäß BGB. § 254 zu verteilen.

c. **Rücktrittsrecht.** Das Rücktrittsrecht des nicht vertretungspflichtigen Absenders besteht so lange, wie die Verhinderung fortdauert. Die Befugnis zum Rücktritt aus § 428 Abs. 2 erlischt dagegen, sobald das Hindernis gehoben ist (Str. 54 78, OLG. Hamburg 7 VII 94 EisenbEntsch. 11 316). Ist ein Ladeschein ausgestellt, so greift § 447 Abs. 2, 3 ein. — Für den Eisenbahnfrachtvertrag bestimmt VerkO. § 65 Abs. 3 eine Ausnahme vom Rücktrittsrecht für den Fall, daß Fortsetzung der Reise auf anderem Weg möglich ist und die Bahn hiervon Gebrauch machen will.

d. **Entschädigung.** Die sogenannte „Entschädigung" ist in Wahrheit eine Gegenleistung für Teilerfüllung. Schadensersatz (was Düringer-Hachenburg Anm. Vc annehmen) kann nicht gemeint sein, da § 428 sonst umgekehrt hätte vorschreiben müssen, daß „für Nichtzurücklegung eines Teils der Reise" zu entschädigen sei. Nach § 428 Abs. 2 soll die Entschädigung erfolgen „für die Vorbereitung der Reise, die Wiederausladung und den zurückgelegten Teil der Reise". Hierunter ist wohl zu verstehen, daß der Frachtführer Ersatz seiner tatsächlichen Aufwendungen fordern darf (insoweit er diese neben der Fracht bei Durchführung der Beförderung hätte verlangen dürfen) und ferner die „Distanzfracht" (§ 630; ebenso ROH. 3 136, Staub Anm. 6, Lehmann Nr. 10; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. Vc), d. h. einen Teil der bedungenen angemessenen Fracht, der zu berechnen ist nach Verhältnis der zurückgelegten zu der vertragsmäßig zurückzulegenden Entfernung, jedoch (vgl. § 631) unter Berücksichtigung auch des Verhältnisses der Leistungen an nicht besonders zu erstattenden Kosten, an Zeit, Gefahren und Mühen, welche durchschnittlich mit dem vollendeten Teil der Reise verbunden sind, zu den Leistungen, die bei Durchführung der ganzen Reise durchschnittlich notwendig geworden wären. Auch bei Durchführung der ganzen Reise wäre die Vorbereitung und die Wiederausladung erforderlich gewesen; der Entgelt für diese Tätigkeiten liegt in der Regel bereits in der vereinbarten Fracht. Zu den Kosten der Vorbereitung gehören z. B. die Aufwendungen für Annahme der nötigen Leute und Einladung (P. 790). Keine Entschädigung ist zu leisten wegen des dem Frachtführer in der Liegezeit entgangenen Frachtverdienstes (Str. 54 81). — Der Gebrauch welches Orts entscheidet, kann zweifelhaft sein. Lehmann Nr. 10 erachtet den Abgangsort für den maßgebenden. Dem ist nicht zuzustimmen. In Betracht kommen können nur der Wohnsitz des Absenders, der Bestimmungsort und derjenige Ort, an welchem die Ware bei Eintritt des Hindernisses sich befand. Der letztere wird für maßgebend zu erachten sein (§ 425 Anm. III b).

e. **Beweislast.** Nach der Fassung des § 428 Abs. 2 könnte scheinen, daß der Absender, der von dem Rücktrittsrecht aus § 428 Abs. 2 Gebrauch macht, beweispflichtig dafür ist, daß er das Hindernis nicht zu vertreten hat. Da jedoch der § 428 einen Fall der Unmöglichkeit der Leistung betrifft (oben Anm. III a 1), so wird umgekehrt die Beweispflicht für die Vertretungspflicht des Absenders dem Frachtführer aufzuerlegen sein (BGB. § 282).

f. **Eisenbahnfrachtvertrag** insbesondere. Für diesen gilt die Sonderbestimmung der VerkO. § 65:

„(1) Wird der Antritt oder die Fortsetzung des Eisenbahntransports ohne Verschulden des Absenders zeitweilig verhindert, so hat — abgesehen von dem Falle des Abs. 3 dieses Paragraphen — die Eisenbahn den Absender um anderweitige Verfügung über das Gut anzugehen.

(2) Der Absender kann vom Vertrage zurücktreten, muß aber die Eisenbahn, sofern derselben kein Verschulden zur Last fällt, für die Kosten der Vorbereitung des Transports, die Kosten der Wiederausladung und die Ansprüche in Beziehung auf den etwa bereits zurückgelegten Transportweg durch Zahlung der in den Tarifen festzusetzenden Gebühren entschädigen.

(3) Wenn die Fortsetzung des Transports auf einem anderen Wege stattfinden kann, so ist, unbeschadet der aus Rücksichten des allgemeinen Verkehrs ergehenden Anordnungen der Aufsichtsbehörde, der Eisenbahn die Entscheidung überlassen, ob es dem Interesse des

Absenders entspricht, das Gut auf einem anderen Wege dem Bestimmungsorte zuzuführen oder es anzuhalten und den Absender um anderweitige Anweisung anzugehen.

(4) Ist ein Frachtbrief-Duplikat oder Aufnahmeschein ausgestellt worden und befindet sich der Absender nicht im Besitze der ausgestellten Urkunde, so dürfen die in diesem Paragraphen vorgesehenen Verfügungen weder die Person des Empfängers, noch den Bestimmungsort abändern."

§ 429.

Verlust, Beschädigung, Lieferungssäumnis.

Der Frachtführer haftet für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung oder durch Versäumung der Lieferzeit entsteht, es sei denn, daß der Verlust, die Beschädigung oder die Verspätung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten.

Für den Verlust oder die Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Werthpapieren haftet der Frachtführer nur, wenn ihm diese Beschaffenheit oder der Werth des Gutes bei der Uebergabe zur Beförderung angegeben worden ist.

ADH. Art. 395, 397—399. **Entw. I** § 403. **Entw. II** § 421.

I. **Haftungbegründende Tatsachen.** Über Haftung des Frachtführers wegen anderer als der in § 429 erwähnten haftungbegründenden Tatsachen vgl. § 425 Anm. III e.

a. **Verlust oder Beschädigung zwischen Annahme und Ablieferung.**

1. Verlust. Vgl. § 390 Anm. I a. Hierunter ist an dieser Stelle sowohl Vollverlust wie Teilverlust (= Minderung) begriffen (§ 429 verglichen mit § 430: „für gänzlichen oder teilweisen Verlust", § 456 verglichen mit VerkO. § 75). — Daß Verlust und nicht nur Versäumung der Lieferzeit vorliegt, hat, wenn es hierauf ankommt, der Gegner des Frachtführers zu beweisen. Für den Eisenbahnfrachtvertrag bestimmt VerkO. § 79, daß der zur Klage Berechtigte das Gut ohne weiteren Nachweis als in Verlust geraten betrachten darf, wenn sich dessen Ablieferung um mehr als 30 Tage nach Ablauf der Lieferfrist verzögert. Entsprechend VerkO. § 35 Abs. 1 für aufgegebenes Reisegepäck unter Festsetzung einer Frist von 3 Tagen.
2. Beschädigung. Vgl. § 390 Anm. I b.
3. In der Zeit von Annahme bis Ablieferung. Nur für diese Zeit besteht die Frachtführerhaftung; für die vorhergehende oder spätere Zeit ist unter Umständen auf Grund besonderen Rechtsgrunds, z. B. Verwahrungsvertrags, zu haften. Daneben besteht Haftung nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen.

   α. Annahme. Unter Annahme ist die Entgegennahme des unmittelbaren Besitzes am Gut (§ 425 Anm. II e 3) seitens des Frachtführers oder seines Beauftragten verstanden. Doch ist die Annahme erheblich erst, sobald außerdem ein Frachtvertrag vorliegt (§ 409 Anm. I a 1). Der Zeitpunkt der Annahme braucht nicht notwendig mit dem Zeitpunkt des Reisebeginns zusammenzufallen; so z. B. nicht im Fall einer den Beförderungsbeginn enthaltenden (§ 425 Anm. II e 5) Zureise. Der Frachtführer haftet daher z. B.,

wenn das Gut nach Annahme und Verwiegung, aber vor Einladung, abhanden kommt (ROH. 9 302). Annahme des Guts kann erfolgt sein vor Empfang des Frachtbriefs (anders nach Eisenbahnverkehrsordnung) oder der Begleitpapiere.

β. Während der Reise. Die zeitweise Übergabe des Guts seitens des Frachtführers an eine Zoll- oder Steuerbehörde beseitigt nicht vollständig seine Haftung, denn auch während der Zeit, während deren das Gut sich bei der Behörde befindet, ist es nicht unbedingt der Einwirkung des Frachtführers entzogen (P. 4731, ROH. 2 254). Übergabe an eine Steuerbehörde vor Erreichung des erreichbaren Bestimmungsorts enthält keine Ablieferung (ROH. **14** 1). Dagegen kann in der Übergabe an die Zollstätte am Bestimmungsort unter Umständen Ablieferung liegen (vgl. ROH. 2 255, unten zu γ). Die Haftung der Eisenbahn als Frachtführer besteht auch für diejenigen Zwischenstrecken (z. B. von einem Bahnhof zum andern), auf denen nicht die Eisenbahn, sondern ein anderes Beförderungsmittel benutzt wird (ROH. **12** 282; vgl. VerkO. § 68). Der Frachtführer haftet auch während einer vereinbarten Unterbrechung der Reise, solange der Frachtvertrag nicht aufgelöst ist (Bolze **9** Nr. 370).

γ. Ablieferung. Über den Begriff der Ablieferung vgl. § 377 Anm. III a. Ablieferung (weil Besitzübertragung) liegt nach dem dort Erörterten vor, wenn der Empfänger dem Frachtführer Anweisung wegen der Ware erteilt und der Frachtführer nach Maßgabe jener Anweisung Besitz überträgt. So sowohl, wenn die Ware unmittelbar dem Empfänger oder dem von ihm bezeichneten Dritten (ROH. 8 25, 25 330) übergeben wird, wie auch, wenn sie gemäß seiner Anweisung bei einem Dritten eingelagert wird. Aber auch, wenn der Frachtführer auf Grund eines mit dem Empfänger abgeschlossenen neuen Verwahrungsvertrags fortan für den Empfänger den Besitz fortsetzt (ROH. **14** 295, OLG. Hamburg 27 X 90 ZHR. **40** 542), denn auch hierin liegt ein endgültiges Aufgeben desjenigen Besitzes, den er für den Absender ausübte. Bei bahnlagernd aufgegebenen Sendungen wird in der Regel die Lagerungsabrede nur als Übernahme einer Nebentätigkeit des Frachtführers, nicht als neuer Verwahrungsvertrag anzusehen sein (§ 425 Anm. II e 5), die Ablieferung daher noch nicht in der Einlagerung am Bestimmungsort liegen (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. II 3 b). Auch bei nicht bahnlagernd aufgegebenen Sendungen liegt in der bloßen Aufbewahrung am Bestimmungsort noch keine Ablieferung, selbst nachdem der Frachtbrief dem Empfänger mit Abholungsaufforderung übersandt ist (ROH. **14** 294). In welchen Fällen in der Übergabe des Guts seitens der Eisenbahn an einen Rollfuhrmann eine Ablieferung liegt, vgl. § 458 Anm. III d. Ob die Übergabe des Guts seitens des Frachtführers an eine Zoll- oder Steuerbehörde am Schluß der Reise eine Ablieferung an den Empfänger enthält oder nicht, hängt davon ab, ob seitens seines Vertragsgegners ihm jene Zoll- oder Steuerbehörde als derjenige, dem für den Empfänger abzuliefern ist, bezeichnet worden ist oder nicht (vgl. jedoch Sonderbestimmung für den Eisenbahnfrachtvertrag in VerkO. § 75 Abs. 2). In letzterem Fall liegt eine Ablieferung nicht schon in Übergabe der Güter an die Zollbehörde und der Begleitpapiere an den Empfänger (vgl. § 377 Anm. III a; dagegen ROH. 2 255); doch kann der Empfänger im Einzelfall auf ferneres Handeln des Frachtführers verzichten und jene Übergabe an die Zollbehörde als Ablieferung gelten lassen. Eine Ablieferung liegt darin, daß das durch den Empfänger von der Bahn abzuholende Gut diesem durch den Bodenmeister auf dem Güterboden zur Verfügung gestellt wird, selbst wenn die Bahn später die Aufbewahrung fortsetzt (VerkO. § 68 Abs. 7, OLG. Hamburg 15 XII 88 ZHR. **38** 237). Diejenigen Handlungen, die bloß bezwecken, den Empfänger in den Stand zu setzen, über das Gut zu verfügen, sind für sich allein noch keine Ablieferung (bestritten; § 377 Anm. III a 2). So z. B. nicht die Meldung des Schiffers, daß er löschbereit sei (OLG. Hamburg 27 X 90 ZHR. **40** 542, RG. 7 IV 04 OLGRspr. 8 390). Ebenso nicht die Übergabe des Frachtbriefs (vgl. § 433 Anm. II b). Auch nicht die Vereinbarung, daß der Frachtführer das Gut noch an einen anderen Ort weiterbefördere und der Empfänger es ihm erst dort abnehmen solle (OLG. Hamburg 27 X 90 ZHR. **40** 542). Weigert der Empfänger die

Annahme, zu Recht oder Unrecht, so liegt mithin keine Ablieferung an den Empfänger vor (§ 377 Anm. IIIa 2); doch liegt in einer im Verhältnis zum Frachtführer unberechtigten Annahmeweigerung ein Annahmeverzug des Absenders; nach unberechtigter Annahmeweigerung hat daher nach BGB. §§ 300, 644 Abs. 1 Satz 2 der Frachtführer nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (CosackHR. § 89 II 4a, Staub Anm. 9, Lehmann Nr. 6, Düringer-Hachenburg Anm. II 3b). Verfügt der Absender infolge dieses oder eines anderen Ablieferungshindernisses über die Ware, oder verfügt er gemäß § 433 Abs. 1, so liegt eine Ablieferung in der seitens des Frachtführers gemäß der Verfügung erfolgenden Übertragung des Besitzes an den Absender oder den von ihm bezeichneten Dritten. Macht der Frachtführer von dem Recht des Verkaufs oder der Hinterlegung wegen Annahmeverzugs des Absenders oder gemäß § 437 Abs. 2 Gebrauch, so liegt die Ablieferung in der Besitzübertragung an den Ersteher bezw. den Verwahrer (vgl. VerkO. § 75 Abs. 2).

b. **Versäumung der Lieferzeit.** Unter Lieferzeit ist die bedungene oder nach § 428 Abs. 1 zu berechnende Fälligkeit der Ablieferungsleistung des Frachtführers verstanden. Unerheblich ist, ob die Versäumung auf einer bloßen Verzögerung der Beförderung oder auf Nichtbeförderung (z. B. laut ausdrücklicher Beförderungsweigerung) beruht (ebenso Eger VerkO. § 86 Anm. 462). Nicht zutreffend erscheint daher, daß in der Fassung der §§ 429 Abs. 1, 466 Abs. 1 „Versäumung der Lieferzeit" und „Verspätung" als gleichbedeutend behandelt sind. Über die Frage, ob die kurze Verjährung (§ 439) auch im Fall der Nichtbeförderung eingreift, vgl. § 414 Anm. Ic.

II. **Haftung des Frachtführers.** Über Haftung des Absenders vgl. § 425 Anm. IIId.

a. **Anspruchsberechtigter** ist der Absender (RG. 1 2), und nach dem in § 435 bezeichneten Zeitpunkt der Empfänger, denn die in § 429 bestimmte Haftung beruht auf dem Frachtvertrag. Über die Frage, ob ein in eigenem Namen für Rechnung eines anderen handelnder Absender den seinem Auftraggeber erwachsenen Schaden mit geltend machen kann, vgl. § 383 Anm. IX a. Der Kommittent oder der Versender können die dem Kommissionär bezw. Speditör erwachsenen Ansprüche nur auf Grund einer Abtretung geltend machen (§ 392, § 407 Anm. IIIk). Der Eigentümer des Frachtguts, wenn er weder Absender noch Abtretungsempfänger des Absenders ist, kann Ansprüche gegen den Frachtführer nur nach den Grundsätzen über außervertragliche Beschädigung geltend machen (vgl. jedoch Bolze 10 Nr. 441).

b. **Grad der zu vertretenden Sorgfalt.** In Abschwächung der in ADH. Art. 395 dem Frachtführer auferlegten strengeren Haftung für Verlust und Beschädigung hat das HGB., unter Gleichstellung dieser Fälle mit dem in Art. 397 ADH. behandelten Fall der Versäumung der Lieferfrist (D. 257), dem Frachtführer nur die Haftung für die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers (vgl. § 347 Anm. IIIa) auferlegt. Allerdings unter Zuweisung der Beweislast an ihn (unten zu c). Nur hinsichtlich der Eisenbahnen ist in §§ 456ff. in Übereinstimmung mit Berner Vertrag Art. 30 die frühere strengere Haftung bei Verlust und Beschädigung beibehalten (D. 257). Über die Frage, ob der für den Fall einer Versäumung der Lieferfrist bei Eisenbahnbeförderung bestimmende § 466 Abs. 1 eine von dem § 429 inhaltlich abweichende Regel enthält, vgl. § 466 Anm. Ib. Über die Haftung des Frachtführers für das Verschulden seiner Leute und anderer Personen, deren er sich bei Ausführung der Beförderung bedient, insbesondere nachfolgender Frachtführer, bestimmen §§ 431, 432. Über die zulässigen Grenzen vertraglicher Beschränkung der Haftung bestimmt BGB. §§ 276 Abs. 2, 278 Satz 2; für den Eisenbahnverkehr HGB. § 471. Eine Beschränkung der Haftung für persönliche Fahrlässigkeit und für Vorsatz und Fahrlässigkeit von Vertretern und Hilfspersonen kann hiernach außerhalb des Eisenbahnverkehrs wirksam vereinbart werden (RG. 20 116, 52 402). Nur dann nicht, wenn das Auferlegen jener Haftungsbeschränkungen bei Vertragsschließung durch Ausübung eines gegen die guten Sitten verstoßenden wirtschaftlichen Zwangs geschieht, wie unter Umständen bei Ausübung eines solchen Zwangs mittels Bildung eines Rings (RG. 20 117). Auch ist zu beachten, daß, wenn im Einzelfall nicht für die Leute gehaftet wird, doch für eigenes Verschulden durch nicht genügende Erteilung von zweckdienlichen An-

weisungen an die Leute oder durch nicht genügende Beaufsichtigung der Ausführung dieser Anordnungen gehaftet werden kann (RG. 48 69, 52 402).

c. **Beweislast.** Der Absender hat darzutun und nötigenfalls zu beweisen: erstens, daß einer der in Anm. I aufgeführten Haftungsgründe vorliegt, also daß Verlust oder Beschädigung zwischen Annahme und Ablieferung oder daß Versäumung der Lieferzeit des Frachtführers eingetreten, und zweitens, daß in ursächlichem Zusammenhang hiermit (ROH. 13 399, RG. 1 2) ein Schaden entstanden bezw. — bei nicht vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführtem Verlust oder Beschädigung (§ 430 Anm. IIa) — eine Verringerung oder Vernichtung des nach § 430 Abs. 1, 2 maßgebenden Werts eingetreten ist. Stehen diese Tatsachen fest, so hat dann der Frachtführer seinerseits darzutun, daß er sowie seine Leute und die Personen, deren er sich bei Ausführung der Beförderung bediente, die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers angewendet haben. Daraus, daß ihm dieser Gegenbeweis auferlegt ist, folgt, daß die Pflicht des Absenders, den ursächlichen Zusammenhang darzutun, nicht zu weit ausgedehnt werden darf (vgl. Düringer-Hachenburg Anm. II 4). Über die nähere Art, in welcher der vom Frachtführer zu erbringende Beweis anzutreten ist, vgl. § 390 Anm. IIIb. Steht z. B. fest, daß eine Versäumung der Lieferfrist dadurch eingetreten ist, daß die frachtführende Eisenbahn den Wagen, in welchem die Ladung sich befand, viele Wochen hindurch nicht aufgefunden hat, so muß sie dartun, daß sie die erforderlichen Ermittelungen angestellt hat (ROH. 13 320).

d. **Inhalt der Haftung** ist Schadensersatzpflicht. Deren Höhe ist für die Fälle von Verlust oder Beschädigung in § 430 näher begrenzt; für den Fall der Versäumung der Lieferfrist folgt sie allgemeinen Regeln (§ 430 Anm. V). Nach allgemeinen Grundsätzen können sich auch andere Folgen als die in § 429 erwähnten an das Vorliegen der haftungbegründenden Tatsache knüpfen. So kann unter Umständen die Versäumung der Lieferfrist den Absender berechtigen zur Ausübung der Rechte aus BGB. §§ 326, 636 Abs. 1 Satz 2 oder des Rücktrittsrechts aus HGB. § 428 Abs. 2 oder der Rechte aus BGB. § 636 Abs. 1 Satz 1; ebenso Verlust und Beschädigung, falls sie — wie in der Regel — eine dauernde (§ 428 Anm. IIIb 3), vollständige oder teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung des ursprünglichen Frachtvertrags begründen, zur Ausübung der Rechte aus BGB. § 325 oder, falls im Einzelfall in der Beschädigung zugleich ein Mangel der Beförderungsleistung liegt (was denkbar erscheint), zur Ausübung der Rechte aus BGB. §§ 634, 635. Zweifelhaft ist, in welcher Weise das Eingreifen der §§ 429, 430 in jene allgemeineren Bestimmungen gedacht ist. Man wird wohl anzunehmen haben, daß alle diese Rechte neben §§ 429, 430 bestehen bleiben (vgl. Lehmann Nr. 3), und daß § 429 nur ein neues Recht hinzufügt. Dagegen wird sowohl mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 430 (§ 430 Anm. I) wie auch, weil sonst die Tragweite des § 430 außerordentlich eingeschränkt würde, angenommen werden müssen, daß § 430 auch die Höhe desjenigen Nichterfüllungs-Schadensersatzes begrenzt, der bei Ausübung der Rechte aus BGB. § 325 beansprucht werden kann. Der Nichterfüllungs-Schadensersatz des BGB. § 635 wird dagegen durch § 430 nicht berührt, da letzterer nur den Ersatz wegen des *Guts*, ersterer den Ersatz wegen mangelhafter *Beförderungsleistung* betrifft. — Die Frage, ob neben einem etwa zulässigen Rücktritt *gleichzeitig* Schadensersatz gemäß §§ 429, 430 gefordert werden kann, ist bezüglich des unmittelbaren Schadens zu verneinen, trotzdem § 429 eine ausdrückliche Beschränkung nach dieser Richtung nicht enthält; bezüglich des mittelbaren Schadens ist es davon abhängig, ob man nach allgemeinen Grundsätzen neben dem Rücktritt einen solchen Schadensersatzanspruch für zulässig erachtet (hierüber Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VIIIb, Anhang zu § 377 Anm. IIIe, § 428 Anm. IIIb 3). — Ob der Frachtführer ganz oder teilweise den Anspruch auf die Fracht behält, ist nicht aus §§ 429, 430, sondern aus allgemeinen Vorschriften zu entnehmen; hierüber vgl. § 430 Anm. IId 2.

III. **Beförderung von Wertgegenständen insbesondere.** Gleiches gilt für den Eisenbahnverkehr (§ 456 Abs. 2) und den Seefrachtverkehr (§ 607).

a. **Kostbarkeiten, Kunstgegenstände, Geld, Wertpapiere.**

1. *Kostbarkeiten.* Derselbe Begriff findet sich in BGB. §§ 372, 702, 1667, 1818, 1960. Hierunter fallen alle Gegenstände, deren Wert im Verhältnis zu ihrem Umfang und Ge-

nicht ein sehr hoher ist, gleichviel ob der Rohstoff oder die erfolgte Bearbeitung (RG. 13 38) oder die Seltenheit (z. B. Handschriften, Lehmann Nr. 9) den hohen Wert verleiht. So z. B. Gold, Silber, Schmuckgegenstände, Edelsteine, kostbare Uhren, Kunstgegenstände von ungewöhnlichem Wert (P. 2301), Spitzen und besonders wertvolle Stickereien (Zusatzvereinbg. z. Berner Vertag, RGBl. 95 466), Platina, Urkunden, echte Perlen (VerkO. § 50 B 2). Auch geringwertige Uhren und Schmucksachen wurden als hierunterfallend erachtet (OLG. Hamburg 16 X 91 ZHR. 40 538).

2. Kunstgegenstände sind durch das HGB. neu aufgenommen (D. 258). Da wertvolle Kunstgegenstände bereits unter „Kostbarkeiten" fallen, so ist anzunehmen, daß nunmehr genügen soll, daß der Gegenstand zu einer Gattung gehört, die im Handel als wegen künstlerischer Herstellung besonders wertvoll angesehen wird, selbst wenn der betreffende einzelne Gegenstand minderwertig ist. Kunstgegenstände sind daher z. B. Kupferstiche und Ölbilder, die nicht zu einer keinen Kunstwert besitzenden Gattung solcher Erzeugnisse gehören, auch wenn das einzelne Bild schlecht ist, Photographien nur, wenn sie Kunstwert haben (CosackHR. § 89 II 4 b, Staub Anm. 21, Düringer-Hachenburg Anm. VI 1 b). Nach neuem Recht ist daher die Angabe „Ölgemälde" genügend (zust. Düringer-Hachenburg Anm. VI 2; dagegen Staub Anm. 23 und nach früherem Recht RG. 13 38, vgl. RG. 24 XI 92 JW. 93 39[13]); zwar gibt es auch Ölbilder ohne Kunstwert, doch werden solche in der Regel nicht als „Gemälde" bezeichnet.

3. Geld. Mitbegriffen ist ausländisches. Sowohl Metall- wie Papiergeld (Lehmann Nr. 9, Düringer-Hachenburg Anm. VI 1 c). Außer Kurs gesetztes ist nicht „Geld" (zust. Düringer-Hachenburg Anm. VI 1 c; dagegen Lehmann Nr. 9), unter Umständen aber „Kostbarkeit". Nach VerkO. § 50 B 2 sind als geldwerte Papiere nicht anzusehen: gestempelte Postkarten, Postanweisungsformulare, Briefumschläge und Streifbänder, Postfreimarken, Stempelbogen und Stempelmarken sowie ähnliche amtliche Wertzeichen. Doch können auch diese Gegenstände unter Umständen „Kostbarkeit" sein.

4. Wertpapiere. Vgl. § 1 Anm. IX e, § 179 Anm. IV b, § 381 Anm. I a. Wertvolle Beweisurkunden sind nicht „Wertpapiere" (was Lehmann Nr. 9, Düringer-Hachenburg Anm. VI 1 c und anscheinend auch Staub Anm. 21 annehmen), aber „Kostbarkeit".

b. **Angabe von Beschaffenheit oder Wert bei Übergabe zur Beförderung.**

1. Angabe. Hierunter ist ausdrücklich Mitteilung verstanden. Unerheblich ist für das Verhältnis des Absenders zum ersten Frachtführer, ob die Angabe im Frachtbrief (§ 426 Nr. 5, 8) oder außerhalb desselben gemacht ist. Die anderweit erlangte Wissenschaft des Frachtführers steht nicht der Angabe gleich (P. 2299, Staub Anm. 24, Bloch in JW. 02 332, Düringer-Hachenburg Anm. VI 2; dagegen CosackHR. § 89 II 4 b; vgl. § 467 Anm. II b).

2. Beschaffenheit oder Wert. Es genügt, wenn eins von beiden angegeben wird. Doch hat nach den Beförderungsbedingungen der Verkehrsanstalten die Angabe nur der Beschaffenheit in der Regel eine andere Wirkung in bezug auf die Höhe der Fracht und die Höhe des Werterſatzes bei Verlust oder Beschädigung: in der Regel ist kein Frachtzuschlag zu zahlen, Entschädigung aber auch nur zum Normalsatz zu leisten (RG. 7 126). Unter Angabe der Beschaffenheit ist die Angabe der Gegenstandsgattung verstanden; diese Angabe muß so genau sein, daß dem Frachtführer erkennbar wird, es handle sich um Kostbarkeiten, Kunstgegenstände, Geld oder Wertpapiere („diese"). Die Angabe einer umfassenden Gattung genügt, wenn jede dieser Gattung angehörende Sache unter einen der Begriffe „Kostbarkeiten, Kunstgegenstände, Geld, Wertpapiere" fällt (RG. 7 126). Daher ist genügend z. B. die Angabe „Bijouterien" (RG. 7 126). Entspricht die Angabe dem im Verkehr üblichen Sprachgebrauch, so hat eine größere Beförderungsanstalt sich selbst zuzuschreiben, wenn ihre Angestellten diese verkehrsübliche Angabe nicht verstehen (RG. 7 126).

3. Bei Übergabe zur Beförderung. Über den Zeitpunkt der „Übergabe zur Beförderung" vgl. § 409 Anm. I a 1. Die ausdrückliche Hervorhebung des maßgebenden Zeitpunkts ist neu aufgenommen (D. 258). Gemeint ist spätestens bei Übergabe zur

Beförderung (ebenso Staub Anm. 22). Angabe nach Abschluß des Frachtvertrags, aber vor oder bei Übergabe, genügt zur Herbeiführung der Haftung aus § 429 Abs. 2, wenn daraufhin der Frachtführer die Gegenstände zur Beförderung annimmt; doch kann er wegen Nichtübereinstimmung des Beförderungsauftrags mit dem abgeschlossenen Frachtvertrag die Annahme zur Beförderung ablehnen. Eine nach „Übergabe zur Beförderung" erfolgende Angabe ist nicht genügend, um auch nur für die Zukunft eine Haftung aus § 429 Abs. 2 herbeizuführen; anders nur, wenn der Frachtführer sich vertraglich (ausdrücklich oder stillschweigend) dem unterwirft (Staub Anm. 22).

c. **Wirkung der Angabe** ist, daß für Verlust oder Beschädigung der Frachtführer nach Maßgabe des § 429 Abs. 1 haftet. Die Angabe ist jedoch an sich erheblich nur als einseitige des Absenders (ROH. **11** 424; vgl. auch § 426 Anm. I a, § 430 Anm. V). Daher muß der Vertragsgegner des Frachtführers im Bestreitungsfall den Wert beweisen, und die Angabe wirkt nur wie eine Angabe des Höchstbetrags (ROH. **11** 229, 424). Über die Frage, unter welchen Umständen ein Frachtführer die im Frachtbrief enthaltenen Angaben als richtig gegen sich gelten lassen muß, vgl. § 426 Anm. I b 3. Die Wertangabe wird er in der Regel nicht als richtig gelten zu lassen brauchen, da eine Nachprüfung derselben nicht verkehrsüblich ist. Doch kann im Einzelfall vereinbart werden, daß der Frachtführer den eingesetzten Wert als maßgebenden anerkenne (P. 4716). In einer Angabe des Interesses an rechtzeitiger Lieferung (§ 430 Anm. V) liegt im Zweifel nicht auch eine bei Verlust oder Beschädigung erhebliche Wertangabe (ROH. **17** 130); anders jedoch beim Eisenbahnfrachtvertrag (§ 463 Anm. I).

d. **Wirkung der Nichtangabe.** Die Haftung des Frachtführers für Versäumung der Lieferfrist wird durch § 429 Abs. 2 nicht berührt, sondern richtet sich auch bei Wertgegenständen nach § 429 Abs. 1. Dagegen wird die Haftung des Frachtführers für Verlust oder Beschädigung, soweit sie auf dem Frachtvertrag beruht, vollständig aufgehoben durch Nichtangabe. Er haftet, soweit die vertragliche Haftung in Frage kommt, für garnichts, auch nicht etwa für einen mittleren Wert, weil anzunehmen ist, daß er bei erfolgter Angabe besondere Vorsichtsmaßregeln getroffen hätte, durch die der Verlust oder die Beschädigung vollständig verhütet worden wären (P. 2299). So selbst bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz (ROH. **8** 272, RG. **13** 38, Thöl **3** 39, Bloch in JW. **02** 331). Dagegen haftet er insoweit, wie ein Dritter gehaftet hätte, der ohne Bestehen eines Frachtvertrags zufällig in den Besitz des Guts gelangt wäre (P. 2300). So z. B. auf Grund einer unerlaubten Handlung (ROH. **8** 273). Hierdurch wird — aus anderem Rechtsgrund als dem des Vertrags — die Haftung in gewissem Umfang (vgl. jedoch BGB. § 254 Abs. 2) wiederhergestellt; so namentlich bei Vorsatz des Frachtführers in eigener Person; in den Grenzen des BGB. § 831 auch für Vorsatz und Fahrlässigkeit der Erfüllungsgehilfen (Düringer-Hachenburg Anm. VII). Auch ist der Frachtführer gegenüber dem dinglich Berechtigten herausgabepflichtig vorbehaltlich eines etwaigen eigenen Zurückbehaltungs- oder Pfandrechts. Der Absender, der die Angabe unterlassen hat, ist nicht verpflichtet, die höhere Fracht zu zahlen, die im Fall der Angabe zu zahlen gewesen wäre (RG. **7** 126).

IV. **Eisenbahnfrachtvertrag.** Vgl. zu Abs. 1: §§ 456, 466; zu Abs. 2: § 467.

§ 430.

Höhe des Schadensersatzes.

Muß auf Grund des Frachtvertrags von dem Frachtführer für gänzlichen oder theilweisen Verlust des Gutes Ersatz geleistet werden, so ist der gemeine Handelswerth und in dessen Ermangelung der gemeine Werth zu ersetzen, welchen Gut derselben Art und Beschaffenheit am Orte der Ablieferung in dem Zeitpunkte hatte, in welchem die Ablieferung zu bewirken war; hiervon kommt in Abzug, was in Folge des Verlustes an Zöllen und sonstigen Kosten sowie an Fracht erspart ist.

Im Falle der Beschädigung ist der Unterschied zwischen dem Verkaufswerthe des Gutes im beschädigten Zustand und dem gemeinen Handelswerth oder dem gemeinen Werthe zu ersetzen, welchen das Gut ohne die Beschädigung am Orte und zur Zeit der Ablieferung gehabt haben würde; hiervon kommt in Abzug, was in Folge der Beschädigung an Zöllen und sonstigen Kosten erspart ist.

Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Frachtführers herbeigeführt, so kann Ersatz des vollen Schadens gefordert werden.

ADH. Art. 396. **Entw. I** § 404. **Entw. II** § 422.

I. **Ersatzpflicht auf Grund des Frachtvertrags.** Der § 430 behandelt den Schadensersatz für Verlust oder Beschädigung „auf Grund des Frachtvertrags“. Er schließt sich an den § 429 in der Weise an, daß er den Umfang des Schadensersatzes, den der Frachtführer nach § 429 leisten muß, regelt; bei dieser Regelung ist aber immer vorausgesetzt, daß eine Verpflichtung nach Maßgabe des § 429 überhaupt vorhanden ist (ROH. 8 272, Staub Anm. 1, Lehmann Nr. 1, Düringer-Hachenburg Anm. II 1). — Nicht § 430, sondern die allgemeinen Regeln des BGB. §§ 249 ff. kommen zur Anwendung bezüglich einer nicht auf dem Vertrag ruhenden Schadensersatzforderung wegen Verlust oder Beschädigung (Eger VerkO. § 80 Anm. 440; vgl. z. B. § 429 Anm. III d). Über die Frage, ob § 430 im Fall der Haftung des Frachtführers für Verletzung des nach Ankunft des Guts und Aushändigung des Frachtbriefs bestehenden Verfügungsrechts des Empfängers maßgebend ist, vgl. § 433 Anm. II d. — Über die Höhe des zu ersetzenden Schadens bei Versäumung der Lieferfrist vgl. unten Anm. V. Über die Ersatzansprüche mehrerer Frachtführer untereinander bestimmt § 432.

II. **Verlust** (§ 429 Anm. I a 1) **durch nicht grobe Fahrlässigkeit (§ 430 Abs. 1).** Ähnlich beim Seefrachtvertrag § 611; anders jedoch § 611 Abs. 2. Abweichend beim Eisenbahnfrachtvertrag (§§ 457 Abs. 1, 460—462, D. 258).

a. **Gemeiner Handelswert; in dessen Ermangelung gemeiner Wert.** Sowohl unter „gemeiner Handelswert“ wie auch unter „gemeiner Wert“ ist der „allgemeine Veräußerungswert“ (§ 40 Anm. II b) verstanden. Von „Handels“-wert kann man nur bei Gütern sprechen, die einen regelmäßigen Gegenstand des Handels bilden (P. 5095, RG. 24 XI 92 JW. **93** 39[13]). Andererseits ist unerheblich, ob sie am Markt oder an der Börse gehandelt werden. Für das Bestehen eines gemeinen Handelswerts oder gemeinen Werts (Düringer-Hachenburg Anm. III aa) sowie für dessen Höhe (vgl. CPO. § 287) ist der Ersatzbeanspruchende beweispflichtig. Da Zölle und Fracht, soweit erspart, abzuziehen sind (unten zu d), so ist maßgebend der Wert, den das verzollte und von jeder Frachtnachnahme befreite Gut am maßgebenden Ort zur maßgebenden Zeit gehabt hätte. Hat der Gegenstand keinen gemeinen Wert, so ist nichts zu ersetzen. Nicht zu ersetzen ist der dem Absender bzw. Empfänger entgangene Gewinn oder sein besonderes Interesse an der glücklichen Ankunft des Frachtguts am Bestimmungsort (P. 4708 ff.). Insbesondere auch nicht der den gemeinen Veräußerungswert übersteigende besondere Gebrauchswert des Frachtguts für den Empfänger. Diese Beschränkung der Höhe des Schadensersatzes ist gesetzgeberisch nicht mehr gerechtfertigt, nachdem die strenge in ADH.

Art. 495 verordnete Haftung des Frachtführers nicht mehr im jetzigen § 429 beibehalten ist (Staub Anm. 2 und Fußnote 1, Düringer-Hachenburg I, vgl. auch CosackHR. § 89 IV 2). — Unerheblich ist, ob der besondere für den Ersatzberechtigten bestehende Wert höher oder geringer ist als der gemeine (ROH. **13** 395). So z. B., ob der zwischen Absender und Empfänger vereinbarte Kaufpreis höher oder niedriger ist als der gemeine Handelswert (ROH. **8** 328, **13** 394). Der Frachtführer kann auch nicht geltend machen, daß sein Vertragsgegner sich am Ablieferungsort zu billigerem Preis als dem gemeinen Wert gleichartiges Gut habe verschaffen können (ROH. 2 360). Auch nicht, daß trotz Verringerung oder Vernichtung des gemeinen Werts dem Vertragsgegner aus besonderen Gründen überhaupt kein Schaden erwachsen ist (ebenso Staub Anm. 4; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II 1); denn § 430 Abs. 1 (und Abs. 2) verweist — außer hinsichtlich der Abzüge an ersparten Zöllen, Kosten und Fracht — lediglich auf die Marktlage, nicht auf das Abwicklungsergebnis des Einzelfalls. Neben der Entschädigung für den Verlust des Frachtguts kann nicht noch eine besondere Entschädigung wegen Nichteinhaltung der Lieferzeit verlangt werden. Über die Frage, in welchem Umfang der für fremde Rechnung handelnde Vertragsgegner des Frachtführers Schadensersatzansprüche erheben kann, vgl. § 383 Anm. IXa.

b. **Maßgebender Ort** ist nach § 430 der „Ort der Ablieferung“. Hierunter ist — ebenso wie in § 426 Nr. 4 (§ 426 Anm. IIIb 4, vgl. auch § 414 Anm. IIa 1) — der Bestimmungsort zu verstehen (vgl. ROH. 8 328). In den entsprechenden §§ 611, 613 ist ausdrücklich der „Bestimmungsort“ genannt. Dieser Ort, nicht der Ort der Aufgabe, ist mit Rücksicht auf die Zweckbestimmung des Guts der für die Beteiligten entscheidende (D. 258). Abweichend von der für den Seefrachtvertrag maßgebenden Bestimmung des § 611 Abs. 2 bleibt der Bestimmungsort auch dann maßgebend, wenn kein Teil der Güter an den Bestimmungsort gelangt (OLG. Hamburg 19 X 99 ZHR. **40** 540; vgl. P. 4715). Eine nach eingetretenem Verlust erfolgende Änderung des Bestimmungsorts durch den Absender gemäß § 433 Abs. 1 ist für die Wertberechnung unerheblich.

c. **Maßgebender Zeitpunkt** ist derjenige, in welchem die Ablieferung zu bewirken war. Hierüber vgl. § 414 Anm. IIa 3. So namentlich auch bei Gut, das den Bestimmungsort nicht erreicht hat (OLG. Hamburg 19 X 99 ZHR. **40** 541). Gleichzeitig beginnt die kurze Verjährung des Anspruchs wegen Vollverlust gegen den Frachtführer; zu anderem Zeitpunkt aber die Verjährung wegen Teilverlust (§§ 439, 414).

d. **Abzuziehen die infolge Verlusts eingetretene Ersparnis an Kosten und Fracht.** Gemeint ist, was der Ersatzberechtigte hieran erspart, gleichgültig ob er es bei Nichteintreten des Verlusts an den Frachtführer oder einen Dritten hätte zahlen müssen.

1. Kosten. Als Beispiel der Kosten sind die Zölle hervorgehoben. Unter Kosten sind nicht nur die baren Auslagen, sondern alle Arten von Aufwendungen mitbegriffen (§ 412 Anm. IIIb 2). Beispiele in § 396 Anm. IIc 1—6.

2. Fracht. In ADH. Art. 396 Abs. 3 war die Erwähnung ersparter Fracht unterblieben, weil angenommen wurde, daß der seerechtliche Satz „verlorenes Gut zahlt keine Fracht“ nicht auch für den Landverkehr gelte, außer wenn das Gegenteil besonders vereinbart sei (P. 4714). Indem das HGB. nunmehr auch die ersparte Fracht erwähnt, scheint es zeigen zu wollen, daß es nach jetzigem Recht die Anwendbarkeit jenes seerechtlichen Satzes auch für den Landverkehr im Fall des § 430 voraussetzt (zust. Düringer-Hachenburg Anm. IIIbb; dagegen anscheinend Staub Anm. 7). Mit Recht. Denn da nach BGB. § 644 Abs. 1 der Unternehmer den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, wenn das Werk (hier die Beförderung) durch Zufall unmöglich wird, so erst recht, wenn er — was § 430 voraussetzt — das Unmöglichwerden zu vertreten hat. Bei Vollverlust verliert daher der Frachtführer den Anspruch auf die ganze Fracht, bei Teilverlust eines wirtschaftlich teilbaren Guts den Anspruch auf einen dem verlorenen Gutsteil entsprechenden Frachtteil; in beiden Fällen aber in der Regel (§ 428 Anm. II) für die ganze Wegstrecke, nicht etwa nur für die Wegstrecke vom Verlustort bis zum Bestimmungsort. Bei Teilverlust eines wirtschaftlich unteilbaren Guts finden die Regeln über Beschädigung Anwendung (§ 390 Anm. Ib).

α. Ist die Fracht bereits bezahlt, so hat der Absender den Anspruch auf Rückzahlung (RG. 40 50); dieser Anspruch ist kein Ersatzanspruch, sondern ein Anspruch auf Herausgabe gemäß BGB. §§ 812, 815, ist daher durch § 430 nicht berührt und besteht neben dem Ersatzanspruch aus § 430. In Höhe des Werts des Herausgabeanspruchs ist jedoch die Fracht erspart, und insoweit darf der Frachtführer — unbeschadet des Fortbestehens des Herausgabeanspruchs — sie gemäß § 430 von dem gemeinen Handelswert bezw. Wert in Abzug bringen. In der Regel wird dies im wesentlichen auf das Gleiche hinauskommen, wie wenn man sagt: Der Frachtführer behält die vorweg bezahlte Fracht, kann aber andererseits keine Fracht als erspart abziehen (so Lehmann Nr. 3).

β. Ist die Fracht noch nicht bezahlt, so ist sie bei Vollverlust gar nicht, bei Teilverlust teilweise nicht zu zahlen. In gleicher Höhe darf dann der Frachtführer sie als erspart in Abzug bringen (so schon nach früherem Recht ROH. 8 331, Hahn Art. 396 § 6).

e. **Erwirbt der Frachtführer Eigentum am verlorenen Gut?** Durch Zahlung der Entschädigungssumme erwirbt der Frachtführer nicht Eigentum am verlorenen Gut (ebenso Lehmann Nr. 8, Staub Anm. 5). Doch hat der Frachtführer im Fall des § 430 Abs. 3 gegenüber dem Schadensersatzberechtigten Anspruch auf Abtretung der diesem gegen Dritte zustehenden dinglichen und persönlichen Rechte (BGB. § 255), und durch eine solche Abtretung mit hinzukommender dinglicher Einigung erwirbt er in der Regel Eigentum (BGB. §§ 931 ff., HGB. § 366). Der Abtretungsanspruch aus BGB. § 255 besteht jedoch an sich nicht auch im Fall des § 430 Abs. 1 (zust. Düringer-Hachenburg Anm. III c c; dagegen Lehmann Nr. 8), denn BGB. § 255 setzt Leistung vollen Schadensersatzes voraus; der Anspruch aus BGB. § 255 besteht jedoch, wenn im Einzelfall der nach § 430 Abs. 1 zu leistende Ersatz gleich hoch ist wie voller Schadensersatz, oder wenn der Frachtführer den Unterschied freiwillig hinzulegt (Düringer-Hachenburg Anm. III c c). Im Fall des § 430 Abs. 1 bleibt daher der Frachtführer gegenüber Dritten auf seine Rechte aus unmittelbarem Besitz (BGB. §§ 861 ff., §§ 1006 f.) beschränkt; gelangt er demnächst wieder in den Besitz der verloren gewesenen Sache, so hat er demjenigen, dem er früher Verlustersatz geleistet hat, die Herausgabe der Sache und Zahlung von Ersatz für Versäumung der Lieferfrist gegen Rückgabe des Verlustersatzes (BGB. § 812) zuzüglich etwa nachzuzahlender Fracht anzubieten. — Sonderbestimmungen für den Eisenbahnfrachtvertrag enthält VerkO. §§ 35 Abs. 2, 82 (§ 457 Anm. IV e).

III. **Beschädigung** (§ 390 Anm. I b) **durch nichtgrobe Fahrlässigkeit (§ 430 Abs. 2).** Entsprechend beim Seefrachtvertrag § 613. Abweichend beim Eisenbahnfrachtvertrag (§§ 457 Abs. 2, 461, 462, D. 258).

a. **Unterschied zwischen gemeinem Handelswert bezw. Wert des unbeschädigten und Verkaufswert des beschädigten Guts.** Gemeiner Handelswert bezw. Wert vgl. oben Anm. II a. Festzustellen ist bei Beschädigung nicht, wie bei Verlust, der gemeine Handelswert bezw. Wert, den gleichartiges Gut hat, sondern derjenige, den „das" beschädigte Gut hätte, wenn es unbeschädigt geblieben wäre. Beide Werte müssen aber bei richtiger Feststellung zusammenfallen. Als zweiter Wert ist festzustellen der Verkaufswert des beschädigten Guts; auch dieser Wert ist, wenngleich dies nicht ausdrücklich gesagt ist, auf Ort und Zeit der Ablieferung zu beziehen (vgl. OLG. Hamburg 19 X 89 ZHR. 40 541, 30 IV 03 OLGRspr. 6 471). Wie der Verkaufswert zu ermitteln, ist nicht gesagt. Da aber die in § 430 Abs. 1, 2 enthaltene Art der Schadensberechnung darauf beruht, die besonderen Umstände des Einzelfalls als unerheblich auszuschließen, so wird auch der Verkaufswert nur nach Marktlage („abstrakt"; vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. VII d 2), nicht auch nach Abwicklungsergebnis („konkret") berechnet werden dürfen (zust. Düringer-Hachenburg Anm. IV c 2). Nur der allgemeine Verkaufswert, nicht der besondere für den Ersatzberechtigten bestehende ist daher entscheidend, und das wirkliche Ergebnis des Verkaufs der beschädigten Sache ist an sich unerheblich, kommt vielmehr nur insoweit in Betracht, als es im Einzelfall einen Rückschluß auf die Marktlage gestattet. Mithin ist Ermittlung durch Sachverständige ohne wirklichen Verkauf zulässig (OLG. Hamburg 30 IV 03 OLGRspr. 6 471). — Bei nur teilweiser Be-

schädigung beschränkt sich die Ersatzpflicht nur auf die beschädigten Teile, außer wenn dargetan wird, daß im Einzelfall dadurch zugleich die unbeschädigten Teile entwertet oder völlig wertlos geworden sind (ROH. 15 374, 16 44, RG. 15 134).

b. **Maßgebender Ort** ist abweichend von Abs. 1 nicht der Ort, wo abgeliefert werden sollte, sondern der Ort, wo abgeliefert ist. In der Fassung des Gesetzes kommt diese Verschiedenheit allerdings bezüglich des Orts nicht zum Ausdruck, sondern nur bezüglich der Zeit. Es ist aber nicht möglich, Ort und Zeit verschieden zu behandeln. Erfolgt z. B. die Ablieferung (§ 429 Anm. Ia 3) in der Weise, daß der Frachtführer das beschädigte Gut unterwegs wegen Gefahr des Verderbs gemäß § 437 Abs. 2 Satz 2 verkaufen läßt, so ist der Verkaufsort der maßgebende.

c. **Maßgebender Zeitpunkt** ist, abweichend von Absatz 1 nicht der Zeitpunkt, zu welchem abgeliefert werden sollte, sondern der Zeitpunkt, zu welchem abgeliefert ist. Über letzteren vgl. § 414 Anm. IIa 2. Gleichzeitig beginnt die kurze Verjährung des Anspruchs gegen den Frachtführer wegen Beschädigung (§§ 439, 414).

d. **Abzuziehen die infolge Verlusts eingetretene Ersparnis an Kosten.** Vgl. oben Anm. IId. „Zölle und sonstige Kosten" vgl. oben Anm. IId 1. In Abs. 2 ist ersparte Fracht nicht, wie in Abs. 1, als abzuziehen miterwähnt. In der Tat wird bei bloßer Beschädigung in der Regel der Frachtführer den Anspruch auf Zahlung der vollen Fracht behalten, so daß der Ersatzberechtigte nichts an Fracht ersparen wird. Ausnahmsweise kann es jedoch anders liegen. So z. B., wenn die Fracht nach Gewicht vereinbart ist, durch die Beschädigung aber gleichzeitig eine Gewichtsverringerung eintritt, etwa durch Abstoßen eines schweren Teils der Verpackung. Auch sind wohl Fälle denkbar, in denen in Zulassung der Frachtgutbeschädigung durch den Frachtführer gleichzeitig ein Mangel seiner Beförderungsleistung zu finden ist, in denen mithin (§ 429 Anm. IId) gemäß BGB. § 634 Minderung der Fracht gefordert werden kann. Findet aber infolge der Beschädigung ausnahmsweise eine Ersparung an der bis zum wirklichen Ablieferungsort aufzuwendenden Fracht des unbeschädigten Guts statt, so ist sie auch im Fall des § 430 Abs. 2 abzuziehen (zust. Düringer-Hachenburg Anm. IV 2c), da der gemeine Handelswert bezw. Wert des unbeschädigten Guts nur durch Aufwendung der höheren Fracht erkauft worden wäre, der abzuziehende Verkaufswert aber durch die geringere Fracht erkauft ist, der Ersatzberechtigte daher im Besitz eines ihm nicht gebührenden Vorteils bliebe. Die hierauf bezügliche Verschiedenheit der Fassung von Abs. 1 und Abs. 2 ist daher sachlich nicht gerechtfertigt.

e. **Hat der Frachtführer die Wahl, gegen Leistung des gemeinen Werts die beschädigte Sache zu behalten?** Eine dahingehende Bestimmung des Preuß. Entw. Art. 312 zum ADH. wurde abgelehnt (P. 803—806). Die obige Frage ist daher zu verneinen. Dem Frachtführer steht nicht das Recht zu, eine bloß beschädigte Sache als verloren zu behandeln. Auch würde er sogar bei Verlust herausgabepflichtig bleiben (oben Anm. IIe).

f. **Hat der Ersatzberechtigte die Wahl, dem Frachtführer die beschädigte Sache zu überlassen und den gemeinen Wert zu fordern?** Kein solches Recht besteht (vgl. ROH. 16 44); vielmehr bleibt die Verpflichtung des Absenders bezw. Empfängers zur Annahme der beschädigten Sache (nach Schadensfeststellung, § 438 Anm. Ib) bestehen (ROH. 11 294, 13 416).

IV. **Vorsätzliche oder grobfahrlässige Herbeiführung von Verlust oder Beschädigung** (§ 430 Abs. 3). Ebenso für Seefracht (P. 2314, 3922, RG. 1 40 trotz Nichterwähnung im Gesetz) und Eisenbahnfracht (§§ 457 Abs. 3, 461 Abs. 2, 462 Satz 2).

a. **Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit.** Dem Vorsatz und der groben Fahrlässigkeit des Frachtführers stehen Vorsatz bezw. grobe Fahrlässigkeit der in §§ 431, 432 genannten Personen gleich (P. 4714, RG. 7 129, § 431 Anm. IV). Nach Art. 396 Abs. 5 ADH. trat die strengere Haftung nur bei „böslicher Handlungsweise" ein; die Ausdehnung allgemein auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ist im Anschluß an Berner Vertrag Art. 41 („Arglist oder grobe Fahrlässigkeit"), Eisenbahnverkehrsordnung § 88 erfolgt (D. 259). Vorausgesetzt ist solch (§ 429 Anm. IIId) Vorsatz oder solche Fahrlässigkeit, die überhaupt Schadensersatzpflicht „auf Grund des Frachtvertrags" (oben Anm. I) zur Folge haben. Beweispflichtig für das Vorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit ist, wer den vollen Schaden fordert

(ROH. 6 429, 21 21). Doch braucht nicht unmittelbarer Beweis erbracht zu werden, vielmehr genügt Anzeichenbeweis (CPO. § 286, ROH. 13 320, 21 21, vgl. RG. 17 IX 98 JW. 577[23]). Auch genügt die Feststellung, daß jede der mehreren möglichen Schadensursachen auf böslicher Handlungsweise beruht (ROH. 23 310).

b. **Voller Schaden.** Maßgebend ist BGB. §§ 249 ff. Über die Frage, ob durch Zahlung des Schadensersatzes der Frachtführer einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums am verlorenen Gut erwirbt, vgl. oben Anm. II e. Ist der „volle Schaden" geringer als der nach § 430 Abs. 1 bezw. 2 zu berechnende — was vorkommen kann, da nach § 430 Abs. 1, 2 der gemeine Wert selbst bei geringerem für den Ersatzberechtigten bestehenden besonderen Wert maßgebend ist (oben Anm. II a) — so hat der Ersatzberechtigte dennoch Anspruch auf den gemäß § 430 Abs. 1 bezw. 2 zu berechnenden Schaden, da Abs. 3 als Verschärfung der Haftung gemeint ist (Staub Anm. 9, Düringer-Hachenburg Anm. V 4).

V. **Höhe des Schadens wegen Versäumung der Lieferungsfrist.** Hierüber enthält § 430 keine Vorschriften. Es verbleibt daher bei den allgemeinen Regeln des BGB. § 249. Im einzelnen gestaltet sich die Berechnung verschieden, je nachdem es sich im betreffenden Fall um Nichterfüllungsschaden (vgl. § 429 Anm. I b) oder nur um Verspätungsschaden handelt. Unter Umständen kann der Schadensersatz in Zahlung des dem Empfänger seitens des Absenders in Rechnung gestellten Preises gegen Überlassung der Ware an den Frachtführer bestehen (§ 408 Anm. I d 1). Die Bestimmungen der Artikel 398, 399 ADH. über Vertragsstrafen wegen Verspätung sind nicht aufgenommen, weil durch BGB. §§ 339—341, 285 entbehrlich (D. 259). Über die Wirkung der Angabe des Interesses an der Lieferung beim Eisenbahnfrachtvertrag vgl. § 463, Berner Vertrag Art. 38—40, VerkO. §§ 84—88; die Unterscheidung zwischen Angabe des Interesses an der Ware überhaupt und Angabe des Interesses an der Rechtzeitigkeit ihrer Lieferung ist hier fortgefallen. Auch beim sonstigen Frachtvertrag hat die Angabe des Interesses an der Lieferung, gleichgültig, ob sie im Frachtbrief (§ 426 Nr. 8, § 426 Anm. I a) oder außerhalb desselben erfolgt ist, keine andere Wirkung als die Wertangabe (§ 429 Anm. III c), nämlich mangels gegenteiliger Parteiabrede nur die Wirkung einer einseitigen Erklärung des Absenders, deren Richtigkeit im Bestreitungsfall zu beweisen bleibt und nur als Angabe eines Höchstbetrags auszulegen ist (vgl. ROH. 11 424). In der Angabe des Interesses an rechtzeitiger Lieferung (welche Angabe aber nach Obigem beim Eisenbahnfrachtvertrag nicht mehr vorkommt) liegt im Zweifel keine Wertangabe (§ 429 Anm. III c).

VI. **Abweichende Parteiabreden** sind zulässig in den durch BGB. §§ 276 Abs. 2, 278 Satz 2 bezeichneten Grenzen (vgl. § 429 Anm. II b). Die Bestimmung des BGB. § 276 Abs. 2 ist dahin auszulegen, daß die in § 430 Abs. 3 bestimmte Haftung für Vorsatz nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern auch nicht gemildert werden kann (Staub Anm. 12). Für den Eisenbahnfrachtvertrag vgl. § 471.

VII. **Eisenbahnfrachtvertrag.** Vgl. § 457.

§ 431.

Verschulden der Leute oder Beförderungausführenden.

Der Frachtführer hat ein Verschulden seiner Leute und ein Verschulden anderer Personen, deren er sich bei der Ausführung der Beförderung bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden.

ADH. Art. 400. **Entw. I** § 405. **Entw. II** § 423.

I. Verhältnis zu BGB. § 278.
II. Personen, für die der Frachtführer haftet.
III. Das zu vertretende Verschulden.
IV. Vertretungspflicht des Frachtführers.
V. Eisenbahnfrachtvertrag.

I. **Verhältnis des § 431 zu BGB. § 278.** Die von BGB. § 278 Satz 1 und HGB. § 431 betroffenen Personenkreise decken sich zum größten Teil, aber nicht vollständig. Einerseits erwähnt BGB. § 278 Satz 1 den „gesetzlichen Vertreter", auf den HGB. § 431 sich nicht bezieht

und bezüglich dessen erstere Bestimmung unberührt durch letztere bleibt. Andererseits greift HGB. § 431 sowohl bezüglich der „Leute" wie auch bezüglich der „anderen Personen" zum Teil über die Voraussetzungen des BGB. § 278 hinaus (unten Anm. II; ebenso Düringer-Hachenburg Anm. I; ähnlich D. 259, Cosack HR. § 89 I 1 b, Lehmann Nr. 2; dagegen Staub Anm. 1). Ob abgesehen von der teilweisen Verschiedenheit der betroffenen Personenkreise beide Vorschriften inhaltlich übereinstimmen, vgl. unten Anm. III b. Der § 278 Satz 2 BGB. bleibt unberührt durch HGB. § 431 (unten Anm. IV).

II. **Die Personen, für welche der Frachtführer haftet.**

a. **Seine Leute.** Derselbe Begriff in BGB. § 701 Abs. 2. Hierunter sind die Angestellten (§ 59 Anm. I f) des Frachtführers verstanden (RG 7 126). Der Nebensatz: „deren er sich bei der Ausführung der Beförderung bedient" gehört nur zu „anderer Personen", nicht auch zu „seiner Leute". Demgemäß „haftet der Frachtführer für seine Leute auch dann, wenn eine Handlung in Frage steht, die der Angestellte nicht unmittelbar bei Ausführung der ihm obliegenden Verrichtungen vorgenommen hat" (D. 259). Insbesondere ist auch nicht erforderlich, daß er sich der betreffenden Leute gerade zur Erfüllung der betreffenden Beförderungsverbindlichkeit bediente (RG. 7 127, vgl. RG. 19 IV 04 JW. 358 [10]); insoweit greift daher § 431 über BGB. § 278 Abs. 1 hinaus (D. 259; oben Anm. I). Nicht erforderlich ist sogar, daß die betreffenden Angestellten überhaupt mit der Güterbeförderung zu tun haben (RG. 7 127, RG. 2 II 05 JW. 185 [36]). Die strenge Haftung des Frachtführers für seine Leute ist den Grundsätzen des römischen receptum nachgebildet (vgl. P. 4725), ihm ist überlassen, dafür zu sorgen, daß auch kein nicht mit der Beförderung befaßter Angestellter das Gut beschädigen kann. Zu den Leuten gehören daher nicht nur Güterschaffner, Gepäckmeister, Lokomotivführer, sondern auch Personenzugsschaffner, Wagenputzer, Lampenwärter, Pförtner, Bahnwärter (RG. 7 127). Ebenso auch Buchhalter und Kassierer (dagegen Eger VerkO. § 9 Anm. 31, Lehmann 2 330 Note 1). Geht z. B. ein angestellter Buchhalter auf den Hof, und beschädigt er fahrlässig das dort lagernde Frachtgut, so ist der Frachtführer dafür verantwortlich. Zuzugestehen ist nur die Beschränkung, daß im Sinn des § 431 nicht zu den Leuten des Frachtführers diejenigen gehören, die überhaupt nicht in dem Gewerbebetrieb, der das Frachtführergewerbe umfaßt, sondern in einem anderen Gewerbebetrieb des gleichen Geschäftsherrn angestellt sind (Düringer-Hachenburg Anm. II 3 a). — Über Rollfuhrunternehmer vgl. § 458 Anm. III d. — Für Nichtbeförderung infolge Streiks der Angestellten des Frachtführers haftet dieser (Eger Internat. Übereinkommen Art. 29 Anm. 155) insoweit, als die Arbeitseinstellung vor Ablauf der Kündigungsfrist der Arbeiter liegt und der Schaden durch Nichtbeförderung während dieser Zeit erfolgt. Für die spätere Zeit haftet er nicht auf Grund des § 431, da die Arbeitseinsteller dann nicht mehr „seine Leute" sind; unter Umständen (Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. IV c 3) kann er jedoch auf Grund des § 429 haften.

b. **Andere Personen, deren er sich bei der Ausführung der Beförderung bedient.** Hierunter fallen z. B. Familienglieder oder Freunde, die aus Gefälligkeit die Beförderung oder eine einzelne Dienstleistung bei derselben übernehmen. Ebenso aber auch ein anderer Frachtführer, dem der erste Frachtführer für eigene Rechnung die Beförderung ganz oder auf einer Teilstrecke überträgt (ROH. 9 90, 23 320). Und zwar auch, wenn nicht mit besonderem, sondern (§ 432 Abs. 2) dem ursprünglichen Frachtbrief (ebenso Staub § 432 Anm. 3; dagegen Lehmann § 431 Nr. 2, Düringer-Hachenburg Anm. II 3 b), denn die in § 432 Abs. 1 für diesen Fall angeordnete Haftung deckt wohl nicht alle Fälle, die durch § 431 getroffen werden, z. B. wohl nicht den durch den nachfolgenden Frachtführer gelegentlich der Beförderung angerichteten Schaden an nichtbeförderten Sachen des Absenders oder Empfängers. — Nicht notwendig „zur Erfüllung" (BGB. § 278), sondern nur „bei", d. h. gelegentlich (§ 39 Anm. II a 1) der Ausführung, aus Anlaß derselben (Lehmann Nr. 2), muß der Frachtführer sich der anderen Personen bedienen. Insbesondere genügt das Bedienen zur Leistung einzelner Dienste bei Beförderung. Beförderung steht hier in demselben weiten Sinn wie in § 425, umfaßt daher alle hinzugehörigen Nebentätigkeiten (vgl. § 425 Anm. II e 5); nicht dagegen einen vom Frachtführer abgeschlossenen selbständigen Speditions- oder Lagervertrag (vgl. P. 817, 4722).

III. **Das zu vertretende Verschulden.** Der für den Eisenbahnfrachtvertrag geltende § 458 erwähnt nicht das Verschulden, weil nach § 456 abweichend von § 429 nicht ein Verschulden notwendige Voraussetzung der Haftung des Frachtführers ist.

a. **Grund des Anspruchs.** Da §§ 425 ff. nur die auf dem Vertrag beruhenden Rechtsverhältnisse regeln, so ist auch § 431 trotz seiner allgemeinen Fassung auf den Fall zu beschränken, daß der gegen den Frachtführer erhobene Anspruch auf den Frachtvertrag (oder den Ladeschein) gegründet wird. Nicht unter § 431 fällt daher z. B. die trotz § 429 Abs. 2 bestehende (§ 429 Anm. III d) Haftung des Frachtführers aus unerlaubter vorsätzlicher Beschädigung der ihm ohne Beschaffenheits- oder Wertangabe übergebenen Wertgegenstände. Andererseits kann § 431 nicht auf eine Haftung aus § 429 beschränkt werden (ebenso Staub Anm. 3, Düringer-Hachenburg Anm. II 2; dagegen Lehmann Nr. 2), findet vielmehr bei jeder auf den Frachtvertrag gestützten Haftung des Frachtführers wegen Verschuldens Anwendung. — Zu beachten ist, daß im Verhältnis des Ersatzberechtigten zum Frachtführer ein Anspruch Vertragsanspruch sein kann, der gleichzeitig dem Ersatzberechtigten auch unmittelbar gegen die schuldige Person als Anspruch aus unerlaubter Handlung zusteht; so z. B. wenn ein Angestellter des Frachtführers das Frachtgut stiehlt. Entscheidend ist nur, ob auch im Verhältnis des Ersatzberechtigten zum Frachtführer ein Vertragsanspruch besteht.

b. **Bei Ausführung der Beförderung?** Der § 431 — abweichend von § 485 — enthält eine derartige Beschränkung nur zur Begrenzung des Kreises der Personen, für die der Frachtführer haftet (oben Anm. II b). Nicht aber auch zur Begrenzung des Kreises möglicher Verschuldungen dieser Personen. In letzterer Beziehung wird daher eine solche Beschränkung nicht anzuerkennen sein (RG. 7 128; ebenso Düringer-Hachenburg Anm. III 2, Goldmann Nr. 5; dagegen Eger VerkO. § 9 Anm. 31, Staub Anm. 4, Lehmann Nr. 2 a, d; bezüglich des § 278 BGB., der im Gegensatz zu BGB. § 831 keine solche Beschränkung enthält, nimmt allerdings RG. 26 V 06 JW. 461[16] an, daß er sich nur auf das „in Ausführung", nicht auch auf das „bei Gelegenheit" der Vertragserfüllung begangene Versehen beziehe). Hiernach ist nicht etwa das Erfordernis aufzustellen, daß die Handlung bei Gelegenheit einer Tätigkeit vorgenommen sei, mit welcher der Angestellte besonders beauftragt, oder zu der er allgemein durch seine Anstellung berufen sei (RG. 7 128, D. 259). Vielmehr tritt an sich die Haftung auch dann ein, wenn eine der Personen, für die gehaftet wird, außerhalb der Dienstzeit oder an einem Ort, an den er durch seinen Dienst nicht gerufen, den zu betreten ihm vielleicht untersagt ist, schuldhaft handelt (RG. 7 128). Immerhin fordert RG. 7 128, daß bei der Haftung für Leute eine gewisse Beziehung zur Anstellung vorhanden sei; doch genüge hierzu z. B., daß die infolge jener Anstellung eingetretenen Umstände die Veranlassung zu der schuldhaften Handlung gegeben oder deren Vornahme erleichtert oder begünstigt haben. Auch haftet der Frachtführer nicht für bloßes Unterlassen derjenigen Angestellten, zu deren Pflichtenkreis das Tun nicht gehörte; z. B. also nicht dafür, daß untergeordnete Hilfspersonen, wie etwa Arbeiter, es unterlassen, den Zustand einer beschädigten Ware feststellen zu lassen (ROH. 12 119).

c. **Der § 431 setzt einen abgeschlossenen Vertrag voraus.** Er kann daher nicht Anwendung finden auf Verschulden bei Abschluß. Auch greift er nicht in die allgemeinen Vorschriften über unmittelbare Stellvertretung bei Abgabe von Willenserklärungen ein. Inwieweit der Frachtführer für Verschulden seiner Angestellten bei Vertragsabschluß haftet, ist daher aus allgemeinen Bestimmungen zu entnehmen (vgl. RG. 37 12). Ebenso, ob das Abschließen eines Frachtvertrags durch den Angestellten eines Frachtführers letzteren bindet (vgl. ROH. 11 345).

IV. **Vertretungspflicht des Frachtführers.** Der Frachtführer hat denselben Grad des Verschuldens zu vertreten, der in der Person des Gehilfen vorlag. Hat daher der Gehilfe vorsätzlich gehandelt, so haftet auch der Frachtführer für Vorsatz, selbst wenn ihn persönlich nur geringes Verschulden oder gar kein Verschulden trifft (RG. 7 129). So insbesondere auch bei Anwendung der Vorschriften in §§ 430 Abs. 3, 438 Abs. 5, 439 (414 Abs. 4). Ebensowenig kann der Frachtführer geltend machen, daß zwar die Handlung des Angestellten, wenn der Frachtführer sie vorgenommen hätte, für diesen eine bösliche wäre,

daß sie aber, wenn man lediglich die Person des Angestellten ins Auge faßt, für diesen keine bösliche ist (RG. 7 129). Über seine Pflicht zur Führung des Sorgfaltsbeweises auch bezüglich der Gehilfen vgl. § 429 Anm. IIc. Der Ersatzberechtigte braucht nicht erst den ihm etwa unmittelbar gegen den Gehilfen zustehenden Ersatzanspruch zu verfolgen (Staub Anm. 6). — Über die zulässigen Grenzen vertraglicher Beschränkung der Haftung vgl. § 429 Anm. IIb, § 430 Anm. VI.

V. **Eisenbahnfrachtvertrag.** Vgl. § 458.

§ 432.

Aufeinanderfolgende Frachtführer.

Uebergiebt der Frachtführer zur Ausführung der von ihm übernommenen Beförderung das Gut einem anderen Frachtführer, so haftet er für die Ausführung der Beförderung bis zur Ablieferung des Gutes an den Empfänger.

Der nachfolgende Frachtführer tritt dadurch, daß er das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt, diesem gemäß in den Frachtvertrag ein und übernimmt die selbständige Verpflichtung, die Beförderung nach dem Inhalte des Frachtbriefs auszuführen.

Hat auf Grund dieser Vorschriften einer der betheiligten Frachtführer Schadensersatz geleistet, so steht ihm der Rückgriff gegen denjenigen zu, welcher den Schaden verschuldet hat. Kann dieser nicht ermittelt werden, so haben die betheiligten Frachtführer den Schaden nach dem Verhältniß ihrer Antheile an der Fracht gemeinsam zu tragen, soweit nicht festgestellt wird, daß der Schaden nicht auf ihrer Beförderungsstrecke entstanden ist.

ADH. Art. 401. **Entw. I** § 406. **Entw. II** § 424.

I. Übergeben des Guts an nachfolgenden Frachtführer.
II. Haftung des Hauptfrachtführers.
III. Haftung des nachfolgenden Frachtführers mit durchgehendem Frachtbrief.
IV. Rückgriffs- und Ausgleichungsrecht der mehreren Frachtführer.
V. Abweichende Parteiabreden.
VI. Eisenbahnfrachtvertrag.

I. **Übergeben des Guts seitens des Frachtführers an einen anderen Frachtführer zur Ausführung der von ersterem übernommenen Beförderung.**

a. **Unterfrachtführer und Zwischenfrachtführer.** Der Unterschied zwischen beiden entspricht demjenigen zwischen Unterspeditören und Zwischenspeditören (vgl. § 407 Anm. IIIz).

1. Zwischenfrachtführer ist ein Frachtführer, der seitens des Hauptfrachtführers für eine Strecke bestellt wird, für welche der Hauptfrachtführer im Verhältnis zum Absender nicht selbst die Beförderung übernommen hat. Der Hauptfrachtführer, der im Verhältnis zum Absender die Bestellung eines Zwischenfrachtführers übernimmt, ist, wenn er ihn im eigenen Namen bestellt, insoweit im Verhältnis zum Absender Speditör (vgl. § 468; anders, wenn im Einzelfall die Verpflichtung nur Nebenverpflichtung des Frachtvertrags ist, § 425 Anm. IIe 3), im Verhältnis zum Zwischenfrachtführer Absender; wenn er ihn im Namen des Absenders bestellt, ist er im Verhältnis zum Absender dessen Beauftragter oder Geschäftsführer, im Verhältnis zum Zwischenfrachtführer Vertreter des Absenders (vgl. Staub Anm. 1). — Schließt der Absender unmittelbar mit mehreren Frachtführern je für eine bestimmte Beförderungsstrecke Frachtverträge ab, so ist keiner dieser Frachtführer Zwischenfrachtführer (wenngleich er wegen des Verhältnisses der mehreren Frachtführer zum Absender mitunter so bezeichnet wird, z. B. von Staub Anm. 1), sondern jeder selbständiger Frachtführer; wird der Vorfrachtführer beauftragt, unmittelbar an den nächsten Frachtführer abzuliefern, so ist letzterer im Verhältnis zum ersteren Empfänger.

2. Unterfrachtführer ist ein Frachtführer, der seitens des Hauptfrachtführers für eine Strecke bestellt wird, für welche der Hauptfrachtführer im Verhältnis zum Absender selbst

die Beförderung übernommen hat. Eine solche Bestellung kann in verschiedener Weise geschehen: entweder so, daß der Unterfrachtführer das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt, oder so, daß dies nicht geschieht, sondern z. B. der Hauptfrachtführer ihm in eigenem Namen einen besonderen Frachtbrief über die Unterbeförderungsstrecke ausstellt. Einige Schriftsteller bezeichnen den Unterfrachtführer mit ursprünglichem Frachtbrief als „**Samtfrachtführer**" und nur den Unterfrachtführer ohne ursprünglichen Frachtbrief als „Unterfrachtführer"; doch ist auch der Hauptfrachtführer, der Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief weitergegeben hat, einer der Samtfrachtführer. Der Unterfrachtführer mit ursprünglichem Frachtbrief tritt nach § 432 Abs. 2 in ein unmittelbares Verhältnis zu den Vertragsgegnern (Absender und Empfänger) des Hauptfrachtführers aus dem ursprünglichen Frachtvertrag; dennoch wird er vom Hauptfrachtführer in eigenem Namen bestellt und tritt daher in ein unmittelbares Rechtsverhältnis zum Hauptfrachtführer (dagegen ROH. 24 209), doch so, daß im Zweifel dieser ihm nicht für Fracht und Auslagenersatz der künftigen Beförderungsstrecke haften soll. Der Unterfrachtführer ohne ursprünglichen Frachtbrief dagegen tritt nur in ein Verhältnis zu dem Hauptfrachtführer (OLG. Kolmar 4 I 05 EisenbEntsch. 22 238); der Hauptfrachtführer ist ihm gegenüber Absender. Über den Unterfrachtführer, der das Gut auf Grund des Ladescheins übernommen hat, vgl. § 449. Samtfrachtführerschaft wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß jeder der einzelnen Frachtführer ein verschiedenes Beförderungsmittel benutzt (ROH. 9 89, Staub Anm. 2). — Über Rollfuhrunternehmer vgl. § 458 Anm. III d.

3. Welchen Fall behandelt § 432? Keine der Vorschriften des § 432 ist anwendbar auf Zwischenfrachtführer; auch nicht Abs. 2 (unten Anm. III a). Der Abs. 3 kann sich trotz seines allgemeinen Wortlauts nur auf Samtfrachtführer beziehen (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. IV 1 a), denn gegenüber anderen Unterfrachtführern ist der Hauptfrachtführer nicht ein „beteiligter Frachtführer", sondern „Absender", zu seinen Gunsten würde daher § 429 Abs. 1, zu seinem Nachteil § 429 Abs. 2 anwendbar sein, beides unvereinbar mit § 432 Abs. 3. Wie aus der Mehrzahl „Vorschriften" in § 432 Abs. 3 hervorgeht, soll aber Abs. 3 nicht nur im Fall des Abs. 2, sondern auch im Fall des Abs. 1 anwendbar sein. Andererseits reicht Abs. 1 nach seinem Wortlaut über den Fall der Samtfrachtführerschaft hinaus und ist auch nach seinem Inhalt auf den Fall des vom Hauptfrachtführer bestellten Unterfrachtführers ohne durchgehenden Frachtbrief gleich gut anwendbar. Auch die Anführung des § 432 Abs. 1 in § 449, der nicht einen durchgehenden Frachtbrief voraussetzt, zwingt dazu, den § 432 Abs. 1 als über den Fall der Samtfrachtführerschaft hinausgehend auszulegen, und die Anführung des § 432 Abs. 1 in § 471 (trotzdem hier als Regel durchgehender Frachtbrief vorliegt, § 453 Anm. V b) spricht nicht notwendig dagegen. Hiernach ist anzunehmen, daß Abs. 1 auf jeden Fall eines vom Hauptfrachtführer bestellten Unterfrachtführers, Abs. 2 und 3 dagegen nur auf den Fall von Samtfrachtführern anwendbar sind, und daß mithin, um den richtigen Sinn zu erhalten, in Abs. 3 zu ergänzen ist: „Hat auf Grund dieser Vorschriften einer der beteiligten, das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief befördernden Frachtführer Schadensersatz geleistet, . . ."

b. **Vom Hauptfrachtführer übernommene Beförderung.** Ob der Hauptfrachtführer übernommen hat, unter eigener Verantwortung die Beförderung auf der ganzen Strecke auszuführen, oder ob er nur die Bestellung von Zwischenfrachtführern für die späteren Strecken übernommen hat (oben Anm. I a 1), ist Tatfrage. Ebenso, ob er im Verhältnis zum Absender berechtigt war, Unterfrachtführer zu bestellen; im Zweifel ist seine Berechtigung hierzu als von den Parteien gewollt anzunehmen (ROH. 23 320).

c. **Übergeben des Guts zur Ausführung der Beförderung.** Hierunter ist dasselbe verstanden wie in §§ 409, 429 Abs. 2 unter „Übergeben zur Beförderung"; vgl. daher § 409 Anm. I a 1.

II. **Haftung des Hauptfrachtführers (§ 432 Abs. 1).** Der § 432 Abs. 1 umfaßt sowohl die Haftung für Erfüllung wie auch die Haftung aus sonstigen auf dem Vertrag beruhenden Ansprüchen (abweichend Lehmann Nr. 7). Für einige dieser Ansprüche, diejenigen nämlich, die auf Verschulden der Unterfrachtführer beruhen, ist diese Haftung bereits durch § 431 ausgesprochen

(§ 431 Anm. II b). Der Abs. 1 ist insofern vielleicht nicht ganz überflüssig (dagegen Staub Anm. 3, Goldmann Nr. 4), als er klarstellt, daß der Frachtführer auch dann für den Unterfrachtführer, und nicht nur für sorgfältige Auswahl eines geeigneten, voll verantwortlich bleibt, wenn (oben Anm. I b) ihm die Bestellung von Unterfrachtführern vertraglich gestattet ist. Die Haftung des Hauptfrachtführers, auch wenn er Samtfrachtführer ist, beruht auf dem Inhalt des Frachtvertrags, nicht notwendig auf dem Inhalt des Frachtbriefs (§ 425 Anm. I b 2). Der Zeitpunkt der „Ablieferung an den Empfänger" ist nur genannt als Gegensatz zur Übergabe an den Unterfrachtführer. Letzteres ist aber keine „Ablieferung" im Fachsinn. In Wahrheit haftet der Hauptfrachtführer stets bis zur „Ablieferung" (§ 429 Anm. I a 3γ), gleichgültig, ob letztere „an den Empfänger" oder in anderer Weise erfolgt. Er haftet dagegen nicht für eine erst nach diesem Zeitpunkt eintretende schuldhafte Handlung oder Unterlassung eines früheren Unterfrachtführers (RG. 10 IV 01 JW. 368[10] und in RG. 48 108).

III. **Haftung des nachfolgenden Frachtführers, der das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt (§ 432 Abs. 2).** Abweichend für den Eisenbahnfrachtvertrag § 469.

a. **Nachfolgender Frachtführer, der das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt.**

1. Nachfolgender Frachtführer. Daß seine Beförderung zeitlich derjenigen des Hauptfrachtführers nachfolgt, ist nicht erforderlich; so kann z. B. der Hauptfrachtführer dem Unterfrachtführer die Beförderung auf der ersten Zufuhrstrecke oder die Beförderung auf der ganzen Strecke unter Übergabe des ursprünglichen Frachtbriefs übertragen. In den Beratungen zum ADH. (P. 4724) wurde hervorgehoben, das Gesetz unterscheide nicht, ob der nachfolgende Frachtführer ein Unterfrachtführer des vorangehenden ist, welch letzterer die Ausführung der ganzen Beförderung übernommen habe, oder ob er an die Stelle des vorangehenden Frachtführers erst da als Zwischenfrachtführer eintritt, wo die Verpflichtung des vorangehenden zur Weiterbeförderung, weil dieser nur einen Teil der ganzen Beförderung übernommen habe, endet; in beiden Fällen trete für den Nachfrachtführer dieselbe Folge ein, wenn er das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annehme. Die damals ausgesprochene Ansicht ist jedoch jedenfalls mit dem etwas geänderten jetzigen Wortlaut des § 432 nicht mehr zu vereinen. Denn die Worte „der nachfolgende Frachtführer" in Abs. 2 weisen zurück auf die Worte „übergibt der Frachtführer zur Ausführung der von ihm übernommenen Beförderung das Gut einem anderen Frachtführer" in Abs. 1, so daß auch für Abs. 2 Voraussetzung die Übernahme der Beförderung durch den Hauptfrachtführer ist. Ist dies aber Voraussetzung, so ist der „nachfolgende Frachtführer" des Abs. 2 nie Zwischenfrachtführer, sondern immer Unterfrachtführer (ebenso Staub Anm. 5, Düringer-Hachenburg Anm. III 1 c, vgl. Eger Frachtr. 2 34). — Die §§ 432, 449 behandeln nur die Aufeinanderfolge mehrerer Binnenfrachtführer (§ 425 Anm. II g, ROH. 16 138); doch wird, falls im Einzelfall nicht gegenteilige Abreden vorliegen, entsprechende Ausdehnung auf den Fall zulässig sein, daß ein Binnenschiffer die Weiterbeförderung mit der ursprünglichen über den Seefrachtvertrag errichteten Urkunde bezw. dem ursprünglichen Seekonnossement übernimmt (vgl. ROH. 16 139).

2. Annahme des Guts. Vgl. § 429 Anm. I a 3α. Unerheblich ist, ob der Absender Kenntnis davon erhält (Lehmann Nr. 2).

3. Mit dem Frachtbrief. Hierdurch ist nur ein Zusammenhang zwischen Annahme des Guts und des Frachtbriefs verlangt. Ob beides genau gleichzeitig oder vielmehr eins vor dem anderen geschieht, ist unerheblich. Doch tritt die Wirkung des Abs. 2 und 3 nur ein, nachdem beides, Gut und Frachtbrief, angenommen ist.

4. Ursprünglicher Frachtbrief. Voraussetzung ist daher ein „durchgehender Frachtbrief" (RG. 18 170) für die Beförderungsstrecken der mehreren aufeinanderfolgenden Frachtführer. Wird ein neuer Frachtbrief ausgestellt, in diesem aber auf den ursprünglichen Frachtbrief Bezug genommen, und dieser gleichfalls mit übergeben, so liegt keine „Annahme mit dem ursprünglichen Frachtbrief" vor, wenn die Bezugnahme nur die Bedeutung hat, in abgekürzter Weise die Frachtbedingungen und Bezeichnungen des alten Frachtbriefs als auf das neue Verhältnis anwendbar zu erklären, nicht aber, ein einheitliches Frachtverhältnis zu kennzeichnen (ROH. 7 219). Vorbehalte, z. B. wegen Mindergewichts, die

seitens des Nachfrachtführers auf den ursprünglichen Frachtbrief gesetzt werden, nachdem er das Gut von dem Vorfrachtführer übernommen hat, heben nicht die Eigenschaft des Frachtbriefs als des ursprünglichen auf (ROH. 11 212). Wird dagegen im Einverständnis des Vorfrachtführers und des Nachfrachtführers der Inhalt des Frachtbriefs geändert, so ist der Frachtbrief nicht darum der ursprüngliche, weil er dasselbe Stück Papier ist (ROH. 11 210). Ersetzt einer der mit dem ursprünglichen Frachtbrief Befördernden eigenmächtig diesen Frachtbrief durch einen neuen mit abweichendem Inhalt, und gibt er mit letzterem das Gut weiter, so haften er und seine Vormänner, nicht aber auch die Nachmänner, für den hierdurch eintretenden Schaden (vgl. RG. 1 2).

b. **Wirkung.**

1. Verhältnis des Unterfrachtführers zum Absender und Empfänger einerseits, zum Hauptfrachtführer andererseits. Die Wirkung der Annahme des Guts mit dem ursprünglichen Frachtbrief besteht nach Abs. 2 darin, daß der Unterfrachtführer gemäß dem ursprünglichen Frachtbrief in den Frachtvertrag eintritt und die selbständige Verpflichtung übernimmt, die Beförderung nach dem Inhalt des Frachtbriefs auszuführen. Diese Worte bezeichnen das Verhältnis des Unterfrachtführers zu den nach Inhalt des Frachtbriefs Berechtigten, also gegenüber dem Absender und dem Empfänger oder den Rechtsnachfolgern dieser Personen. Unberührt dagegen durch Abs. 2 bleibt das Verhältnis des Unterfrachtführers zum Hauptfrachtführer; hierfür bleibt der zwischen diesen beiden geschlossene Unterfrachtvertrag maßgebend, und der durchgehende Frachtbrief an sich ist in dieser Beziehung nicht einmal als Beweismittel (§ 426 Anm. Ib 2) erheblich, da er nur den Beförderungsauftrag des Absenders, nicht den Beförderungsauftrag des Hauptfrachtführers beurkundet.

2. „Diesem gemäß", „nach dem Inhalte des Frachtbriefs" tritt der Unterfrachtführer mit durchgehendem Frachtbrief in den Frachtvertrag ein. Dies gilt sowohl bezüglich seiner Rechte (vgl. jedoch unten zu 3 β) wie bezüglich seiner Pflichten. Soweit der Nachmann den Hauptfrachtführer befriedigt, erhält er aber außerdem dessen nicht aus dem Frachtbrief hervorgehende Rechte aus dem Frachtvertrag (§ 441 Abs. 2). Teil des Frachtbriefs sind die darin angezogenen Reglements und Tarife (ROH. 9 73, 21 183). Beispielsweise ist der Nachmann nur zur Beförderung in offenem Wagen verpflichtet, wenn der Frachtbrief dies vorschreibt, ungeachtet einer etwaigen gegenteiligen Abrede zwischen Absender und früherem Frachtführer (vgl. RG. 1 15). Ebenso kommt eine durch Bezugnahme auf Reglements im Frachtbrief bedungene Haftungsbeschränkung für die ganze Strecke auch dem Nachmann zugut (ROH. 7 102). Im Verhältnis des Unterfrachtführers zum Absender und Empfänger sind unerheblich etwaige Vorbehalte oder sonstige Erklärungen des Unterfrachtführers gegenüber dem Hauptfrachtführer. Ebenso Notizen des Unterfrachtführers auf dem ursprünglichen Frachtbrief über abweichenden Befund bei Übernahme (P. 823, ROH. 11 212). Er kann hierdurch weder seine noch seiner Nachmänner Vertretungspflicht verringern (ROH. 11 212). Will er nicht gemäß Abs. 2 haften, so bleibt ihm vielmehr nur übrig, entweder vor Annahme des Guts und des Frachtbriefs durch Vertrag mit Absender und Empfänger seine Haftung auszuschließen oder aber die Annahme des ursprünglichen Frachtbriefs abzulehnen und auf Ausstellung eines neuen, nur für seine Beförderungsstrecke, zu bestehen (P. 823, 4739, ROH. 11 212). Nur für den Rückgriff der Frachtführer untereinander kommen solche Vorbehalte und Notizen in Betracht (ROH. 11 211). Unerheblich ist gegenüber dem Absender und Empfänger der Inhalt etwaiger Beförderungsbedingungen von Bahnen, die Unterfrachtführer sind, insbesondere auch die Bedingungen der letzten, abliefernden Bahn; vielmehr kommt es nur auf die Bedingungen derjenigen Bahn an, die Hauptfrachtführerin ist, also in der Regel der ersten Bahn (Str. 75 216). Anders nur, wenn in den ursprünglichen Frachtbrief die Bestimmung aufgenommen ist, daß die Beförderung auf jeder Bahnstrecke nach den Bedingungen der betreffenden Bahn ausgeführt werden solle (ROH. 3 61, 21 59). Ist im Frachtbrief auf die mehreren Reglements der auf der Reise nacheinander zu berührenden Bahnen Bezug genommen, so ist für jede einzelne Beförderungsstrecke das betreffende Regle-

ment maßgebend (ROH. 21 59), aber in Ansehung jener Beförderungsstrecke allen aufeinanderfolgenden Frachtführern gegenüber (ROH. 3 64).

3. Verhältnis des Absenders und des Empfängers zu mehreren mit dem ursprünglichen Frachtbrief befördernden Frachtführern.

α. Verpflichtungen der Frachtführer. Dem Absender und kraft §§ 433 ff. dem Empfänger (P. 4750) haften der Hauptfrachtführer gemäß Frachtvertrag, die übrigen Frachtführer gemäß Frachtbrief. Soweit hiernach die Verpflichtungen der mehreren Frachtführer sich decken, sind sie Gesamtschuldner (D. 259, ROH. 11 212, 24 210). Durch die Fassung des Abs. 2 sollte im Anschluß an den Berner Vertrag Art. 27 deutlich zum Ausdruck gebracht werden, daß bei dieser Haftung nicht etwa der eine für den anderen nach Art einer Bürgschaft einsteht, sondern daß es sich um eine selbständige Verantwortlichkeit jedes einzelnen für die Ausführung der ganzen Beförderung handelt (D. 259). Der spätere Frachtführer hat auch in bezug auf die von früheren Frachtführern bereits ausgeführte Beförderung einzustehen (P. 4725); er kann sich z. B. nicht darauf berufen, daß er die Ware von seinem Vormann beschädigt (P. 4725) oder gemindert (ROH. 11 212) erhalten habe. Ebenso haftet er auch für die Ausführung der Beförderung auf einer späteren Beförderungsstrecke (P. 4725).

β. Rechte der Frachtführer. Zweifelhaft erscheint, was in Ansehung der Rechte der mehreren Frachtführer mit den Worten „tritt in den Frachtvertrag ein“ gemeint ist (vgl. P. 5098). Man wird nicht annehmen dürfen, daß, wie bezüglich der Verpflichtungen Gesamtschuldnerschaft, so bezüglich der Rechte Gesamtgläubigerschaft eintreten solle (vgl. ROH. 24 211). Denn § 441 Abs. 1, der den Fall einer Beförderung auf Grund durchgehenden Frachtbriefs mit umfaßt (§ 441 Anm. I a), müßte sonst nicht dem letzten Frachtführer nur eine gesetzliche Vertretungsmacht (§ 441 Anm. I b 1) zur Ausübung der Rechte der früheren geben, sondern vielmehr voraussetzen, daß der letzte Frachtführer diese Rechte als eigene geltend machen könne. Auch eine gesetzliche Übertragung der Rechte findet nicht statt (dagegen Str. 63 312), denn der Absender kann seine gegenüber dem ersten Frachtführer entstandene Schuld wirksam an diesen bezahlen, auch nachdem das Gut einem späteren Frachtführer übergeben ist. Man wird wohl annehmen müssen, daß in Ansehung der Rechte ein Eintreten in den Frachtvertrag seitens jedes einzelnen Frachtführers nur für seine Beförderungsstrecke stattfindet. Jeder Frachtführer kann die aus der Beförderung auf seiner Strecke sich ergebenden Rechte geltend machen, nicht aber — außer soweit § 441 eingreift — die durch frühere Beförderung entstandenen Rechte; die so erworbenen Rechte verbleiben ihm auch nach Weitergabe des Guts mit Frachtbrief an einen späteren, ihn nicht befriedigenden Frachtführer.

IV. **Rückgriffs- und Ausgleichungsrecht mehrerer Frachtführer untereinander.** Über Verjährung vgl. § 439 Satz 2.

a. **Gemeinsame Voraussetzung** beider Rechte ist, daß „auf Grund dieser Vorschriften einer der beteiligten Frachtführer Schadensersatz geleistet hat“. Ist Schadensersatz noch nicht geleistet, so kann zwar nicht Zahlung, unter Umständen aber Feststellung oder Befreiung verlangt werden (Staub Anm. 9; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. IV 1 a). Vorausgesetzt ist ferner, daß die mehreren Frachtführer Samtfrachtführer sind (oben Anm. I a 3), daß sie mithin sämtlich auf Grund des ursprünglichen Frachtbriefs befördert haben.

b. **Das Rückgriffsrecht** findet statt, wenn der schuldige Frachtführer ermittelbar ist. Der Rückgreifende hat das Verschulden zu beweisen. Die Vorschrift des § 429 Abs. 1, welche die Beweislast abweichend regelt, findet hierbei keine Anwendung (Düringer-Hachenburg Anm. IV 1 b; abw. Lehmann Nr. 9), da sie sich nur auf das Verhältnis des Absenders zum Frachtführer, nicht auf das Verhältnis der mehreren Frachtführer untereinander bezieht.

c. **Das Ausgleichungsrecht** findet nach § 432 Abs. 3 Satz 2 statt, wenn der schuldige Frachtführer nicht ermittelbar ist. D. 259 bemerkt: „Der das gegenseitige Verhältnis der Gesamtschuldner ordnende § 430 BGB.“ (gemeint scheint BGB. § 426 Abs. 1 Satz 1) „reicht für die hier in Betracht kommenden Verhältnisse nicht aus. Die zur Ausfüllung dieser Lücke ...

getroffenen Vorschriften schließen sich an die Art. 47 bis 49 des Berner Vertrags und an den § 85 des Betriebsreglements des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen an . . ." Nicht ausgleichungspflichtig ist, wer dartut, daß auf seiner Beförderungsstrecke der Schaden nicht entstanden ist. So z. B. der Hauptfrachtführer, wenn er für die ganze Strecke Unterfrachtführer bestellt hat (Lehmann 2 334 Note 1). Die übrigen Frachtführer haben nach dem Verhältnis ihre Anteile an der Fracht (ohne Berücksichtigung von Auslagen) den Schaden gemeinsam zu tragen. Der § 432 Abs. 1 Satz 2 ändert nur den § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB.; die übrigen Vorschriften des § 426 BGB. bleiben unberührt. Mithin findet BGB. § 426 Abs. 1 Satz 2 Anwendung, wonach, wenn der auf einen der ausgleichungspflichtigen Frachtführer entfallende Beitrag nicht erlangbar ist (z. B. wegen Zahlungsunfähigkeit des Betreffenden), der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen ist (vgl. Berner Vertrag Art. 47 Abs. 2; ebenso Lehmann Nr. 9, Düringer-Hachenburg Anm. IV 2b; dagegen Staub Anm. 9).

V. **Abweichende Parteiabreden.** Über die Grenzen, innerhalb deren sie zulässig, vgl. § 430 Anm. VI. Abreden zwischen Absender und Hauptfrachtführer oder zwischen Hauptfrachtführer und Unterfrachtführer sind für das Verhältnis zwischen Absender und Unterfrachtführer nur erheblich, wenn in den ursprünglichen Frachtbrief aufgenommen (oben Anm III b 2).

VI. **Eisenbahnfrachtvertrag.** Vgl. § 469.

§ 433.

Verfügungsrecht des Absenders.

Der Absender kann den Frachtführer anweisen, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder an einen anderen als den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger auszuliefern. Die Mehrkosten, die durch eine solche Verfügung entstehen, sind dem Frachtführer zu erstatten.

Das Verfügungsrecht des Absenders erlischt, wenn nach der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung der Frachtbrief dem Empfänger übergeben oder von dem Empfänger Klage gemäß § 435 gegen den Frachtführer erhoben wird. Der Frachtführer hat in einem solchen Falle nur die Anweisungen des Empfängers zu beachten; verletzt er diese Verpflichtung, so ist er dem Empfänger für das Gut verhaftet.

ADH. Art. 402. **Entw. I** § 407. **Entw. II** § 425.

I. **Nachträgliche Anweisung des Absenders.**

a. **Zulässiger Inhalt.** Nach § 433 ist der Frachtführer bis zu der in Abs. 2 bestimmten Zeitgrenze verpflichtet, eine einseitige Anweisung des Absenders zu befolgen des Inhalts, daß das Gut angehalten oder zurückgegeben oder einem anderen als dem im Frachtbrief bezeichneten Empfänger ausgeliefert werden solle. Im Frachtvertrag ist daher eine solche nachträgliche Änderungsbefugnis des Absenders stillschweigend enthalten; durch ausdrückliche gegenteilige in den Frachtvertrag aufgenommene Bestimmung kann sie jedoch ausgeschlossen werden. Ebenso wird sie zugunsten des Ladescheinberechtigten beseitigt durch Aushändigung eines Ladescheins (§ 447 Abs. 2, 3). Die Anweisung, das Gut anzuhalten, d. h. die Beförderung zu unterbrechen, berechtigt den Frachtführer bei Säumnis des Absenders in anderweiter Verfügung zur Hinterlegung gemäß § 437 Abs. 2. Durch jene Anweisung wird bis auf weiteres der Absender zum Empfänger (D. 264; vgl. § 440 Anm. II). Ebenso wird er zum

Empfänger, wenn er den Frachtführer anweist, das Frachtgut zurückzugeben (D. 264). Auch eine Anweisung, „nicht an den bezeichneten Empfänger auszuliefern“, steht der Anweisung, an den Absender statt an den Empfänger abzuliefern, gleich. Die Rückgabe kann in der Regel nur da verlangt werden, wo das Gut sich bei Eingang der Anweisung befindet. Zu einer Zurückbeförderung an den Abgangsort ist der Frachtführer nicht verpflichtet (ROH. 16 198). Jedoch zu einer Zurückbeförderung an den Bestimmungsort oder einen zwischen diesem und dem Ort, wo das Gut sich befindet, am Weg liegenden Ort, wenn der Frachtführer versehentlich das Gut über den Bestimmungsort hinaus befördert hatte (ROH. 11 293). Auch den Bestimmungsort kann — außer in gewissen Grenzen beim Eisenbahnfrachtvertrag (VerkO. § 64 Abs. 1) — der Absender nicht einseitig ändern (worin solche Änderung zu finden, vgl. RG. 22 147); der Frachtführer braucht daher die Anweisung zur Auslieferung an einen anderen Empfänger, wenn ein neuer Bestimmungsort bezeichnet wird, nur insoweit zu beachten, daß er am ursprünglichen Bestimmungsort dem bezeichneten anderen Empfänger auszuliefern hat. Endlich ist der Absender im Zweifel auch nicht berechtigt, vom Frachtführer die Beförderung anderer als der bedungenen Güter einseitig zu verlangen (ROH. 24 418). Im übrigen ist der § 433 entsprechend auszudehnen auch auf andere als die dort aufgeführten Anweisungen, wenn sie bei ursprünglicher Erteilung nicht die Leistung des Frachtführers erheblich erschwert hätten, sondern die Erschwerung im wesentlichen nur in der Mühe und den Kosten der Änderung als solcher liegt (weitergehend Staub Anm. 1 und in EisenbEntsch. 12 177). Eine Anweisung, anzuhalten, braucht nicht befolgt zu werden, wenn ihre Ausführung eine erhebliche Erschwerung der Leistung des Frachtführers enthalten würde, z. B. wenn das angehaltene Stückgut aus einer Sammelladung herausgesucht werden müßte; doch liegt in der Anweisung, anzuhalten, die Anweisung, vorläufig nicht an den bezeichneten Empfänger auszuliefern, und insoweit bleibt sie auch in solchem Fall zu beachten. — Unberührt durch § 433 ist das Recht des Absenders auf Widerruf des Frachtvertrags; hierüber § 425 Anm. III c. Ebenso ein etwaiges Verfolgungsrecht des Absenders gemäß KO. § 44. — Händigt der Frachtführer irrtümlich das Gut dem ursprünglich bezeichneten Empfänger aus, so hat der Frachtführer gegen den Empfänger ein Rückforderungsrecht gemäß den allgemeinen Bestimmungen über irrtümlich erfolgte Leistungen (RG. 6 III 80 EisenbEntsch. 1 133).

b. **Form der Anweisung.** „Anweisung“ in §§ 433 ff. ist gleichbedeutend mit „Weisung“ in §§ 384, 408; doch geht aus dem Zusammenhang der §§ 433 ff. hervor, daß hier nur nachträgliche und einseitige Weisungen gemeint sind. Die Anweisung bedarf ebensowenig wie die Weisung (§ 384 Anm. II a) einer bestimmten Form (ROH. 25 331), kann insbesondere auch durch stillschweigende Willenserklärung erfolgen. Zu erteilen ist sie seitens des Absenders oder seines Rechtsnachfolgers. Der Versender ist vor Abtretung der Rechte des Absenders nicht zur Erteilung befugt (§ 425 Anm. III f). Sie ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Zugehen muß sie dem Frachtführer (ROH. 25 332). Letzterer darf auch eine Anweisung beachten, die auf dem Weg der Aushändigung eines Anweisungsscheins an den neubezeichneten Empfänger mit hinzukommender Vorlegung durch diesen an den Frachtführer geschieht (BGB. § 787 Abs. 2), jedoch nicht sonstige Mitteilungen des Absenders an einen Dritten, außer wenn sie eine Vollmacht für letzteren enthalten (ROH. 25 331). Befindet sich das Frachtgut bei einem Unterfrachtführer, der es auf Grund durchgehenden Frachtbriefs befördert, so genügt die Erteilung der Anweisung an den Hauptfrachtführer oder irgend einen der beteiligten Unterfrachtführer (anders beim Eisenbahnfrachtvertrag, VerkO. § 64 Abs. 3), denn alle haften für Ausführung der Beförderung auf der ganzen Strecke; aber haftbar gegenüber dem Absender wegen Nichtbefolgung werden (HGB. § 425 Abs. 2) nur diejenigen beteiligten Frachtführer, denen die Anweisung zugegangen ist, sei es unmittelbar, sei es durch Vermittlung (vgl. § 377 Anm. VI d) anderer Beteiligter. Erteilt A namens des B und indem er den Frachtbrief mit dem Namen B unterzeichnet, einen Frachtauftrag, so ist, wenn A Vollmacht hatte, B der Absender; indessen trifft den Frachtführer kein Verschulden, wenn er mangels besonderer Zweifelsgründe den so auftretenden A für B hält und spätere unter dem Namen B von A erteilte Anweisungen befolgt (ROH. 22 133).

c. **Zeitgrenze** der Zulässigkeit. Der § 432 betrifft nur Anweisungen an den Frachtführer. Über die Zeitgrenze für Anweisungen des Versenders an den Speditör vgl. § 407 Anm. IV a 2.

1. „Verfügungsrecht" in Abs. 2 weist zurück auf „solche Verfügung" in Abs. 1 Satz 2, und letzteres wiederum auf „kann anweisen, anzuhalten, zurückzugeben oder an anderen Empfänger auszuliefern" in Abs. 1 Satz 1. An sich bezieht sich daher auch Abs. 2 Satz 1 nur auf die drei in Abs. 1 Satz 1 behandelten Anweisungen. Soweit aber Abs. 1 Satz 1 entsprechend auf andere Anweisungen auszudehnen ist (oben Anm. I a), folgt auch Abs. 2 Satz 1 dieser Ausdehnung: das einseitige Verfügungsrecht, soweit es überhaupt nach Abs. 1 noch nach Abschluß des Frachtvertrags besteht, erlischt zu dem in Abs. 2 Satz 1 bezeichneten Zeitpunkt; im übrigen ist das einseitige Verfügungsrecht schon vorher erloschen. Dagegen bleibt das Verfügungsrecht des Absenders, soweit es auf Ausführung der zweiseitig vereinbarten Bedingungen des Frachtvertrags geht, auch nach dem in § 433 Abs. 2 genannten Zeitpunkt unberührt, soweit nicht inzwischen nach jenem Zeitpunkt der Empfänger verfügt hat. So kann z. B. auch nach jenem Zeitpunkt der Absender aus eigenem Recht gegen den Frachtführer auf Ablieferung an den Empfänger klagen (BGB. § 335). In welchem Umfang der Absender verfügungsberechtigt ist, wenn nach dem obengedachten Zeitpunkt ein Ablieferungshindernis eintritt, vgl. § 437 Anm. IV.
2. Übergabe des Frachtbriefs an den Empfänger (oder Anstellung einer Klage gemäß § 435) nach Ankunft des Guts am Ort der Ablieferung. Ort der Ablieferung = Bestimmungsort (§ 426 Anm. III b 4). Ankunft des Guts vgl. § 435 Anm. II. Erheblich ist nur, daß sowohl der Frachtbrief übergeben wie auch das Gut angekommen (vgl. ROH. 21 182), unerheblich dagegen, ob ersteres vor oder nach letzterem geschehen ist. Der Aushändigung des Frachtbriefs steht die Anstellung einer Klage seitens des Empfängers gemäß § 435 gleich; die vor Ankunft des Guts angestellte Klage wird wirksam nach Ankunft des Guts. Außer den in § 433 Abs. 2 genannten Fällen erlischt das Verfügungsrecht des Absenders auch noch, wenn das Gut nach Ankunft am Bestimmungsort dem Empfänger ausgehändigt ist, wenngleich ohne Übergabe des Frachtbriefs (P. 4733, vgl. ROH. 20 194). Nicht jedoch schon dadurch, daß nach Ankunft des Guts der Frachtführer dem Empfänger Anzeige von der Ankunft erstattet, ohne den Frachtbrief auszuhändigen (ROH. 3 436). Auch nicht dadurch, daß nach Ankunft des Guts, aber vor Aushändigung des Frachtbriefs der Empfänger durch Erklärung gegenüber dem Frachtführer über das Gut verfügt (vgl. RG. 14 153). Umgekehrt, solange das Frachtgut noch nicht am Bestimmungsort angekommen ist, auch nicht dadurch, daß der Frachtführer sich mit dem Empfänger in Verbindung setzt und daß er ihm den Frachtbrief übersendet (P. 852, 1232, 4732, Eger VerkO. § 64 Anm. 331); so bis zu tatsächlicher Auslieferung des Guts selbst dann, wenn (§ 434 Satz 2) der Absender den Frachtführer zur Auslieferung des Guts vor dessen Ankunft am Bestimmungsort ermächtigt hatte. Daß am Bestimmungsort die Übergabe des Frachtbriefs erfolgen müsse (so Str. 63 313), ist nicht erfordert; vielmehr ist unerheblich, wo übergeben ist (Eger Frachtr. 2 119, Staub Anm. 5). Die Ankunft des Guts wird im Fall des Verlusts nicht (was Eger VerkO. § 64 Anm. 331 annimmt) ersetzt durch die Zeit des fristmäßigen Ankommensollens (vgl. § 438 Anm. I b 2; zust. Düringer-Hachenburg Anm. V 2; anders nach der früheren abweichenden Fassung des Art. 405 ADH., P. 5100, RG. 11 XI 99 JW. 833[19]). Jedes von mehreren, wenngleich auf einen Frachtbrief beförderten, Stückgütern ist als selbständiges Gut zu behandeln (ROH. 15 143). Bezüglich des Zeitpunkts, wann das Verfügungsrecht des Absenders endet und (§ 435 Anm. I c) dasjenige des Empfängers beginnt, muß aber, da die Ankunft des Guts entscheiden soll, Entsprechendes auch bei mehreren Teilen eines zusammengehörenden Guts gelten. Kommen die mehreren Teile des auf einen Frachtbrief verladenen Guts nicht gleichzeitig an, so erlischt daher das Verfügungsrecht des Absenders bezüglich des angekommenen Teils, sobald der Frachtbrief ausgehändigt ist; ob das Gut wirtschaftlich teilbar oder nicht, kommt im Verhältnis zum Frachtführer nicht in Betracht. Wollte man das Gegenteil annehmen, so würde bei ver-

mutetem Teilverlust der Empfänger Aushändigung des angekommenen Rests nicht eher fordern können, bis endgültig feststeht, ob bezüglich des fehlenden Teils Verlust oder nur Verspätung eingetreten ist. — Welches der Klageantrag in einer gemäß § 435 angestellten Klage sein müsse, damit die Wirkung des § 433 Abs. 2 eintrete, ist nicht gesagt. Daher wird jede auf den Rechtsgrund des § 435 gestützte Klage als genügend angesehen werden müssen, z. B. sowohl eine Klage auf Auslieferung von Ware und Frachtbrief, wie auch eine Klage auf Aushändigung nur des Frachtbriefs (anscheinend dagegen Lehmann § 435 Nr. 11) oder auf Schadensersatz wegen des nach Ankunft erfolgten Gutsverlusts. Nicht „gemäß § 435" ist im Sinn des § 433 Abs. 2 eine Klage auf Vorlegung der Ware oder des Frachtbriefs (BGB. §§ 809 ff.), selbst wenn diese Klage auf die Zwischenerwägung mitgestützt wird, daß dem Kläger gemäß § 435 ein Anspruch zustehe (vgl. Lehmann aaO.). Widerklage ist eine Klage im Sinn des § 433. — Nicht genügend ist dagegen z. B. Geltendmachung der Rechte seitens des Empfängers durch eingeschriebenen Brief (Staub § 435 Anm. 10).

d. **Mehrkosten.** Nach § 433 Abs. 1 Satz 2 sind die durch die Verfügung entstehenden Mehrkosten dem Frachtführer zu erstatten. In den drei in Abs. 1 Satz 1 genannten Fällen kann keine Mehrbeförderung, also keine Mehrfracht, sondern nur Mehraufwendungen können in Betracht kommen. Der Frachtführer hat kein Recht, mit Rücksicht auf das Entstehen von Mehrkosten die Ausführung der Anweisung abzulehnen. Ist er jedoch wegen derselben nicht genügend durch den Wert des Guts gedeckt, so kann er die Befolgung abhängig machen von vorheriger Sicherstellung wegen der Mehrkosten. War die Anweisung durch ein Verschulden des Frachtführers notwendig geworden, so kann er nicht Ersatz der Mehrkosten fordern (D. 260, Berner Vertrag Art. 15 Abs. 8), wenn er im Einzelfall für die Folgen des Verschuldens haftbar ist, denn insoweit kann der Absender mit der diesem zustehenden Schadensersatzforderung aufrechnen. — Dem Frachtführer verbleibt mangels gegenteiliger Vereinbarung der Anspruch auf die volle Fracht bis zum Bestimmungsort, selbst wenn infolge der Anweisung des Absenders eine geringere Beförderungsstrecke durchlaufen ist (vgl. ROH. 6 275); doch wird auch auf den in § 433 vorausgesetzten Fall, daß der Frachtvertrag nicht aufgehoben, sondern nur einseitig geändert wird, BGB. § 649 Halbs. 2 entsprechend angewendet werden dürfen.

II. **Verfügungsrecht des Empfängers.**

a. **Zeitpunkt des Entstehens.** Das Verfügungsrecht des Empfängers, soweit es über bloße Sicherungsmaßregeln (§ 434) hinausgeht, entsteht mit der Ankunft des Guts am Bestimmungsort (§ 435 Satz 1). Bis zur hinzukommenden Aushändigung des Frachtbriefs kann aber jede einzelne Verfügung des Empfängers durch eine entgegenstehende des Absenders entkräftet werden (§ 435 Satz 2). Wird dann der Frachtbrief ausgehändigt (oben Anm. I c 2), so wird das Verfügungsrecht des Empfängers im Verhältnis zum Frachtführer ein unbedingtes (§ 433 Abs. 2 Satz 2). Ob auch im Verhältnis zum Absender, hängt von dem Rechtsverhältnis zwischen Absender und Empfänger ab. War z. B. gegenüber dem Empfänger der Absender Verkäufer oder Einkaufskommissionär, so hat letzterer auch nach Ankunft der Ware und Aushändigung des Frachtbriefs das Verfolgungsrecht aus KO. § 44 (P. 4776—4778, 5047).

b. **Inhalt des Verfügungsrechts.** Das Verfügungsrecht des Empfängers (§§ 433 Abs. 2 Satz 2, 434, 435) ist kein dingliches, sondern nur ein Forderungsrecht (ROH. 11 329, RG. 27 85). Unabhängig davon ist die Frage des Eigentumsübergangs (ROH. 11 329); der Empfänger kann schon vorher Eigentümer sein, z. B. wenn ihm die geliehene Sache durch den Entleiher zurückgeschickt wird; es braucht auch gar nicht auf Eigentumsübertragung abgesehen zu sein, z. B. wenn Sachen zur Ansicht geschickt werden. In der Übergabe des Frachbriefs seitens des Frachtführers an den Empfänger liegt für sich allein noch keine Übertragung des mittelbaren Besitzes der Ware (RG. 27 86), sondern nur die Bereiterklärung zur demnächstigen Übertragung des Besitzes. Auch noch nicht in der Annahme dieser Bereiterklärung durch Erteilung der Anweisung zur Ausladung (dagegen RG. 30 I 01 KGBl. 30; vgl. unten Anm. II e). Anders, wenn gleichzeitig der Frachtführer mit dem Empfänger einen neuen Verwahrungsvertrag schließt (RG. 27 86). Über die Frage, in welchen Fällen der Fracht-

führer ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht gegen den Empfänger erlangt, und ob er es dann auch gegen den Absender geltend machen kann, vgl. § 410 Anm. IVa 3, ROH. 6 274.

c. **Rückgabe des Frachtbriefs.** Gibt der Empfänger dem Frachtführer den ihm übersandten Frachtbrief zurück, so geht das vom Empfänger erlangte Verfügungsrecht hierdurch an sich nicht wieder unter. So z. B., wenn die Rückgabe zur Berichtigung der Frachtberechnung, Rüge von Mängeln oder zu ähnlichen Zwecken erfolgt (Eger Frachtr. 2 121). Ebenso, wenn sie nach Einverständniserklärung mit dem Inhalt des Frachtbriefs zu dem Zweck erfolgt, damit der Frachtführer einen Beleg für das Ausstehen der Zahlung behält (§ 436 Anm. I b). In der Rückgabe — sei es an den Frachtführer, sei es an den Absender — kann aber im Einzelfall eine stillschweigende Erklärung anderen Inhalts liegen. So z. B. eine Ablehnung der Erlangung des Verfügungsrechts. Oder ein nachträglicher Verzicht auf das bereits erlangte Verfügungsrecht. Oder die Ablehnung der Annahme der Ware. Soweit der Empfänger durch derartige Erklärungen kundgibt, ein Verfügungsrecht nicht erwerben zu wollen oder wiederaufzugeben, bleibt das Verfügungsrecht des Absenders bestehen (BGB. § 333), bezw. tritt erneut in Kraft (ROH. 6 276, RG. 19 II 86 EisenbEntsch. 4 415, vgl. VerkO. § 73 Abs. 2; dagegen Eger VerkO. § 64 Anm. 331). Dasselbe gilt nicht auch für sonstige Fälle eines Annahmeverzugs des Empfängers (§ 435 Anm. III b 1). — Über Rückgabe des Frachtbriefs nach Annahme des Guts vgl. § 436 Anm. I b.

d. **Verletzung durch den Frachtführer.** Verletzt der Frachtführer seine Verpflichtung, die Anweisungen des Empfängers zu beachten, so ist er diesem „für das Gut verhaftet" (die gleichen Worte in § 447 Abs. 3). Was hiermit gemeint, ist bestritten. Staub Anm. 8 (nach Keyßner Anm. 8 zu Art. 402) versteht hierunter „nicht allen Schaden, doch jeden, der das Gut durch Verlust, Beschädigung oder Verspätung trifft"; ebenso Düringer-Hachenburg Anm. VII. Eger Frachtr. 2 131 und Lehmann Nr. 15 wollen allgemein für jeden Schaden haften lassen; Lehmann beschränkt jedoch die Schadenshöhe gemäß § 430 bei Verlust oder Beschädigung. Man wird wohl anzunehmen haben, daß der Frachtführer ohne Rücksicht auf Verschuldung für jeden am Gut eintretenden Schaden (nicht auch für sonstigen Schaden) haftet. Nimmt man dies an, so kann § 430 Abs. 1, 2 nicht in Betracht kommen, da dort ein Haften nur für nichtgrobe Fahrlässigkeit vorausgesetzt ist. — Ist der Absender dem Empfänger verantwortlich für die Handlungen des Frachführers, so hat der Empfänger aus dem zugrund liegenden Rechtsverhältnis unter Umständen einen weitergehenden Ersatzanspruch gegen den Absender. Andererseits kann auch der Absender den Frachtführer auf Grund des Frachtvertrags zur Verantwortung ziehen (Staub Anm. 7).

e. **Keine Verfügungspflicht.** Das Entstehen des Verfügungsrechts hat im Verhältnis des Empfängers zum Frachtführer noch keine Verfügungspflicht des ersteren zur Folge. Insbesondere liegt in der Annahme des Frachtbriefs für sich allein noch nicht die Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung der Fracht gegen Auslieferung des Guts (Staub Anm. 9). Dagegen liegt eine solche Verpflichtungsübernahme (ob auch Besitzübertragung, vgl. oben Anm. II b) in der nach Annahme des Frachtbriefs erteilten Anweisung an den Frachtführer zur Auslieferung des Frachtguts (ROH. 20 410, RG. 15 II 00 JW. 315[13]). Ob der Empfänger im Verhältnis zum Absender eine solche Verpflichtung hat, ist nach dem zwischen diesen bestehenden Rechtsverhältnis zu beurteilen. — Selbst wenn der Empfänger im Verhältnis zum Frachtführer sich zur Abnahme besonders verpflichtet hat (ohne jedoch einen neuen Verwahrungsvertrag abzuschließen), demnächst aber tatsächlich nicht abnimmt, bleibt der Absender dem Frachtführer erstattungspflichtig, selbst wegen der ohne Verschulden des letzteren später gemachten erforderlichen Aufwendungen. So z. B. wegen späterer Lagerkosten (Staub § 435 Anm. 11, vgl. ROH. 6 276).

III. **Eisenbahnfrachtvertrag.** Für diesen gilt Entsprechendes nach VerkO. § 64 (im zwischenstaatlichen Verkehr nach Berner Vertrag Art. 15). Doch beschränkt VerkO. § 64 Abs. 1 den Kreis zulässiger nachträglicher Anweisungen des Absenders, und VerkO. § 64 Abs. 3, 6 schreibt eine bestimmte Form für die Anweisung des Absenders vor. Besondere Bestimmungen für den Fall der Ausstellung eines Frachtbriefduplikats enthält § 455 Abs. 2 (näheres zu § 455); notwendig sind Frachtbriefduplikate nur im zwischenstaatlichen Verkehr (Berner Vertrag Art. 8

Abs. 5). Die Bahn kann ihre Verpflichtung, Schadensersatz wegen Nichtbeachtung von Anweisungen des Absenders zu leisten, nicht gültig durch Vertrag ausschließen (OLG. München 20 IV 89 ZHR 40 546). — Der § 64 VerkO. lautet:

„(1) Der Absender allein hat das Recht, die Verfügung zu treffen, daß das Gut auf der Versandstation zurückgegeben, unterwegs angehalten oder an einen anderen, als den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger am Bestimmungsort oder auf einer Zwischenstation oder auf einer über die Bestimmungsstation hinaus oder seitwärts gelegenen Station abgeliefert werde. Anweisungen des Absenders wegen nachträglicher Auflage, Erhöhung, Minderung oder Zurückziehung von Nachnahmen sowie wegen nachträglicher Frankierung können nach dem Ermessen der Eisenbahn zugelassen werden. Nachträgliche Verfügungen oder Anweisungen anderen als des angegebenen Inhalts sind unzulässig.

(2) Dieses Recht steht indes im Falle der Ausstellung eines Frachtbrief-Duplikats oder eines Aufnahmescheins (§ 54 Abs. 5 und 7) dem Absender nur dann zu, wenn er das Duplikat oder den Aufnahmeschein vorlegt. Befolgt die Eisenbahn die Anweisungen des Absenders, ohne die Vorlegung zu verlangen, so ist sie für den daraus entstehenden Schaden dem Empfänger, welchem der Absender die Urkunde übergeben hat, haftbar.

(3) Derartige Verfügungen des Absenders ist die Eisenbahn zu beachten nur verpflichtet, wenn sie ihr durch Vermittelung der Versandstation zugekommen sind.

(4) Das Verfügungsrecht des Absenders erlischt, auch wenn er das Frachtbrief-Duplikat oder den Aufnahmeschein besitzt, sobald nach Ankunft des Guts am Bestimmungsorte der Frachtbrief dem Empfänger übergeben oder die von dem letzteren nach Maßgabe des § 66 erhobene Klage der Eisenbahn zugestellt worden ist. Ist dies geschehen, so hat die Eisenbahn nur die Anweisungen des bezeichneten Empfängers zu beachten, widrigenfalls sie demselben für das Gut haftbar wird.

(5) Die Eisenbahn darf, unbeschadet des ihr bei Nachnahmen und Frankaturen zustehenden Ermessens, die Ausführung der im Abs. 1 vorgesehenen Anweisungen nur dann verweigern oder verzögern, oder solche Anweisungen in veränderter Weise ausführen, wenn durch die Befolgung derselben der regelmäßige Transportverkehr gestört würde.

(6) Die im ersten Absatze dieses Paragraphen vorgesehenen Verfügungen müssen mittels schriftlicher und vom Absender unterzeichneter Erklärung nach dem Formular (Anlage G) erfolgen. Die Erklärung ist im Falle der Ausstellung eines Frachtbrief-Duplikats oder eines Aufnahmescheins auf der betreffenden Urkunde zu wiederholen, welche gleichzeitig der Eisenbahn vorzulegen und von dieser dem Absender zurückzugeben ist.

(7) Jede in anderer Form gegebene Verfügung des Absenders ist nichtig.

(8) Die Eisenbahn kann den Ersatz der Kosten verlangen, welche durch die Ausführung der im Abs. 1 vorgesehenen Verfügungen entstanden sind, insoweit diese Verfügungen nicht durch ihr eigenes Verschulden veranlaßt worden sind. Diese Kosten sind im Tarif ein für allemal festzusetzen."

§ 434.

Recht des Empfängers vor Ankunft des Guts am Bestimmungsort.

Der Empfänger ist vor der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung dem Frachtführer gegenüber berechtigt, alle zur Sicherstellung des Gutes erforderlichen Maßregeln zu ergreifen und dem Frachtführer die zu diesem Zwecke nothwendigen Anweisungen zu ertheilen. Die Auslieferung des Gutes kann er vor dessen Ankunft am Orte der Ablieferung nur fordern, wenn der Absender den Frachtführer dazu ermächtigt hat.

ADH. Art. 404. **Entw. I** § 408. **Entw. II** § 426.

I. Recht zu Sicherstellungsmaßregeln.
II. Recht auf Auslieferung.
III. Eisenbahnfrachtvertrag.

I. Recht des Empfängers zu Sicherstellungsmaßregeln (§ 434 Satz 1).

a. **Empfänger.** Im Verhältnis zum Hauptfrachtführer ist maßgebend, wer im Frachtvertrag als Empfänger bezeichnet ist; der § 434 findet Anwendung auch, wenn kein Frachtbrief ausgestellt ist (Lehmann 2 339 Note 1). Im Verhältnis zu Unterfrachtführern, die das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief angenommen haben, ist entscheidend, wer im Frachtbrief als Empfänger bezeichnet ist. Ist ein Ladeschein ausgestellt, so tritt der Ladescheinberechtigte an die Stelle des Empfängers (§ 447 Abs. 2).

b. **Vor Ankunft des Guts am Ort der Ablieferung.** Vgl. § 433 Anm. I c 2. Während die in § 433 Abs. 2 Satz 2 und § 435 behandelten Rechte des Empfängers erst nach Ankunft des Guts am Bestimmungsort entstehen können bzw. entstehen, trifft § 434 umgekehrt für die Zeit vor Ankunft Vorsorge. Da § 434 für den Beginn des Rechts keine Zeitgrenze setzt, so wird anzunehmen sein, daß es seit Abschluß des Frachtvertrags, selbst vor Übernahme des Guts durch den Frachtführer besteht, so z. B., wenn letzterer die von ihm zu bewirkende Abholung des Guts verzögert. — Über die Zeit nach Ankunft des Guts vgl. § 435 Anm. III b 2.

c. **Dem Frachtführer gegenüber.** Der § 434 behandelt die Rechte des Empfängers auf Grund des Frachtvertrags. Daneben können Forderungsrechte aus besonderen Verträgen und dingliche Rechte des Empfängers bestehen. Nicht aus § 434, sondern aus dem zwischen Empfänger und Absender bestehenden, der Beförderung zu grund liegenden Rechtsverhältnis ist zu entscheiden, ob auch gegenüber dem Absender jenes Recht des Empfängers besteht. Der § 434 ist nicht entsprechend anwendbar auf das Verhältnis des Empfängers zum Speditör (vgl. § 407 Anm. VI).

d. **Berechtigt.** Keine Verpflichtung zur Anordnung von Sicherheitsmaßregeln besteht im Verhältnis des Empfängers zum Frachtführer. Ob im Verhältnis zum Absender, hängt von dem zu grund liegenden Rechtsverhältnis zwischen Empfänger und Absender ab (Staub Anm. 6).

e. **Ergreifen oder Anordnen von Sicherstellungsmaßregeln.**

1. Ergreifen. Der Empfänger kann hiernach unmittelbar eingreifen; er ist nicht darauf beschränkt, dem Frachtführer Anweisung zu erteilen und abzuwarten, ob dieser sie befolgt. So z. B., wenn gerade seitens des Frachtführers oder infolge Nichterreichbarkeit des letzteren dem Gut Gefahr droht. Eine andere Frage ist, wie er in solchen Fällen ermöglichen kann, das zur Ergreifung von Sicherheitsmaßregeln nötige Maß eigener tatsächlicher Verfügungsgewalt über das Frachtgut zu erlangen. Hier werden unter Umständen einstweilige Verfügungen helfen können.

2. Anordnen. Statt selbst einzugreifen, kann der Empfänger dem Frachtführer die notwendigen Anweisungen zu einer erforderlichen Sicherstellung des Guts erteilen. Über die Form der Anweisung, insbesondere die Person, an welche sie zu richten ist, vgl. § 433 Anm. I b. Bezüglich der Mehrkosten gilt, soweit nach Inhalt des Frachtvertrags der Frachtführer sie neben der Fracht ersetzt verlangen kann, Entsprechendes wie im Fall des § 433 Abs. 1; vgl. daher § 433 Anm. I d. Kommt der Frachtführer der Anweisung des Empfängers nicht nach, trotzdem sie zulässig war, so ist er verpflichtet, den sowohl dem Absender wie auch dem Empfänger hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Berechtigt zur Geltendmachung dieses Schadensersatzanspruchs ist aber zunächst wohl nur der Absender (so Düringer-Hachenburg Anm. II 3; dagegen Staub Anm. 5, Lehmann Nr. 3), und erst, nachdem gemäß § 435 oder kraft besonderer Abtretung die Rechte aus dem Frachtvertrag auf den Empfänger übergegangen sind, kann dieser in eigenem Namen den Schadensersatzanspruch geltend machen; kommt es zu keinem Übergang der Rechte aus dem Frachtvertrag gemäß § 435, z. B. weil aus Anlaß der Nichtbefolgung der Anordnung das Gut verloren geht, so kann sich daher der Empfänger, solange nicht der Absender ihm den Anspruch gegen den Frachtführer abtritt, nur — soweit dies nach dem zu grund liegenden Rechtsverhältnis überhaupt möglich — an den Absender halten. Nimmt man an, daß im Fall des § 433 Abs. 2 die Schadensersatzpflicht gegenüber dem Empfänger eine beschränkte ist (§ 433 Anm. II d), so muß für § 434 dieselbe Beschränkung angenommen werden, da dem

Empfänger nicht für die Zeit nach Ankunft des Guts geringere Schadensersatzrechte zugewiesen werden können als für die Zeit vorher.

f. **Zur Sicherstellung des Guts erforderliche Maßregeln.** Hierunter werden nach herrschender Lehre nicht nur die zur Erhaltung des Stoffs, sondern auch die zur Durchführung der Beförderung und Sicherung ihrer Rechtzeitigkeit erforderlichen Maßregeln verstanden (Eger Frachtr. 2 278, Staub Anm. 2, Lehmann Nr. 3, Düringer-Hachenburg Anm. II 1). In den Worten des Gesetzes liegt dies nicht; doch erscheint eine dahingehende entsprechende Ausdehnung der Gesetzesbestimmung zulässig. Ist die vom Empfänger gewünschte Maßregel nicht erforderlich zu jenem Zweck, so braucht der Frachtführer sie nicht zu dulden bezw. kann er die Befolgung der Anweisung ablehnen; er ist dem Absender zur Nichtduldung bezw. Ablehnung verpflichtet, wenn sie die Interessen des letzteren verletzt.

g. **Verhältnis des Sicherstellungsrechts des Empfängers zum Verfügungsrecht des Absenders.** Der Empfänger hat die Befugnisse aus § 434 kraft eigenen Rechts. Sie bestehen gegenüber dem Frachtführer auch dann, wenn der Absender seinerseits gegenüber dem Frachtführer auf Anordnung von Sicherstellungsmaßregeln verzichtet hat. Zur gleichen Zeit aber, während welcher nach § 434 der Empfänger ein Sicherstellungsrecht hat, besteht nach § 433 das Verfügungsrecht des Absenders. Das letztere als das inhaltreichere geht dem ersteren vor. Bei einem Widerstreit der Anweisungen des Empfängers und des Absenders hat daher der Frachtführer den letzteren Folge zu geben. Auch im voraus erteilte Anweisungen des Absenders kommen in Betracht (Staub Anm. 1, Düringer-Hachenburg Anm. II 3); nicht jedoch insoweit der Frachtführer aus eigenem Recht (vgl. z. B. § 437) berechtigt wäre, davon abzuweichen.

II. **Recht auf Auslieferung** insbesondere (§ 434 Satz 2). Wann der Empfänger gegenüber dem Frachtführer ein Recht auf Auslieferung des Frachtguts erwirbt, ist in § 435 bestimmt. Ist im Frachtvertrag zwar ein Bestimmungsort angegeben, aber gleichzeitig festgesetzt, daß der Empfänger berechtigt sein soll, statt dessen einen Zwischenort als Bestimmungsort zu bezeichnen, so wird durch eine entsprechende Erklärung des Empfängers der Zwischenort zum Bestimmungsort, und er kann dann gemäß § 435 nach Ankunft der Ware am Zwischenort deren Auslieferung verlangen. Eine andere mögliche Festsetzung geht dahin, daß zwar ein fester Bestimmungsort vereinbart, dem Empfänger aber das Recht beigelegt wird, durch Erklärung gegenüber dem Frachtführer schon während der Reise die Übertragung des Besitzes am Gut zu fordern; gibt dann der Empfänger eine solche Erklärung ab, so ist der Frachtführer zur sofortigen Übertragung des (mittelbaren) Besitzes an ihn verpflichtet, und der Empfänger hat in Ansehung der Verfügung über das Gut für den Rest der Reise gleichzeitig auch die Rechte des Absenders, kann daher z. B. auch sofortige Zurückgabe (= Übertragung des unmittelbaren Besitzes) fordern. In beiden vorerwähnten Fällen ist der Frachtführer im Verhältnis zum Absender verpflichtet zur Auslieferung an den Empfänger auf dessen bloße Erklärung hin, unabhängig von der Notwendigkeit einer Sicherstellung. Der § 434 Satz 2, da er nur von einer Ermächtigung des Frachtführers spricht, schließt zwar den zweiten der eben erwähnten Fälle ein, da in der Auferlegung einer Verpflichtung zugleich eine Ermächtigung liegt, geht aber über ihn noch hinaus. Als selbständige Bedeutung bleibt dann für ihn nur übrig, daß einerseits die Auslieferung, selbst wenn sie im Einzelfall an sich erforderlich zur Sicherstellung wäre, dennoch nicht vor Erreichung des Bestimmungsorts gefordert werden kann, außer wenn der Absender den Frachtführer hierzu ermächtigt hat, und daß andererseits der Frachtführer, wenn er auch nur ermächtigt zur Auslieferung vor Erreichung des Bestimmungsorts ist, hierzu dann verpflichtet wird, wenn die Auslieferung eine erforderliche Sicherstellungsmaßregel bildet und vom Empfänger gefordert wird. Dem Frachtführer gegenüber muß die Ermächtigung erteilt sein; ihm gegenüber sind Verabredungen zwischen Absender und Empfänger unerheblich (Lehmann Nr. 2). Der Absender kann die Ermächtigung vor oder nach Stellung der Forderung seitens des Empfängers erteilen. Händigt der Frachtführer vor Erreichung des Bestimmungsorts dem Empfänger ohne Ermächtigung das Frachtgut aus, so ist er dem Absender schadensersatzpflichtig; so z. B. wenn der Empfänger durch Aushändigung vor der Grenze den anderenfalls bei Wiedereinfuhr zu zahlenden Zoll spart und

der Absender hierdurch infolge erleichterten Wettbewerbs des Empfängers geschädigt wird (Bolze 17 Nr. 434).

III. **Eisenbahnfrachtvertrag.** Lehmann § 434 Nr. 5, § 471 Nr. 4 ist der Ansicht, daß durch VerkO. § 64 Abs. 1 (abgedruckt oben § 433 Anm. III) die Bestimmung des § 434 für den Eisenbahnfrachtvertrag außer Kraft gesetzt sei. Dem wird nicht beizustimmen sein (zust. Düringer-Hachenburg Anm. IV). Die Verkehrsordnung erwähnt allerdings nicht das Recht des Empfängers zu Sicherungsmaßregeln, doch enthält § 64 Abs. 1 VerkO. auch keine Ausschließung dieses Rechts. Nichterwähnung hat aber nach § 454 Anwendbarkeit zur Folge.

§ 435.

Recht des Empfängers nach Ankunft des Guts am Bestimmungsort.

Nach der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung ist der Empfänger berechtigt, die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen in eigenem Namen gegen den Frachtführer geltend zu machen, ohne Unterschied, ob er hierbei in eigenem oder in fremdem Interesse handelt. Er ist insbesondere berechtigt, von dem Frachtführer die Uebergabe des Frachtbriefs und die Auslieferung des Gutes zu verlangen. Dieses Recht erlischt, wenn der Absender dem Frachtführer eine nach § 433 noch zulässige entgegenstehende Anweisung ertheilt.

ADH. Art. 403, 405. **Entw. I** § 409. **Entw. II** § 427.

I. **Empfänger als Berechtigter.**

a. **Empfänger.** „Empfänger" ist nicht, wer empfangen hat, sondern an wen abgeliefert werden soll (§ 426 Nr. 3). Entscheidend ist der Frachtvertrag, nicht ein etwaiger Frachtbrief. Anders gegenüber einem Unterfrachtführer mit durchgehendem Frachtbrief (§ 432 Abs. 2). Doch ist auch letzterem gegenüber eine ihm erteilte nachträgliche ändernde Anweisung des Absenders erheblich (§ 433). Der Empfänger übt das Recht des § 435 — und ebenso diejenigen des § 433 Abs. 2 Satz 2, § 434 — in „eigenem Namen". Nicht etwa als Vertreter des Absenders (P. 5045, ROH. 4 359, RG. 13 75). Doch übt er die Rechte aus §§ 434, 435 nur unter dem Vorbehalt der Zulässigkeit einer Entziehung durch den Absender. Unerheblich gegenüber dem Frachtführer ist, ob der Empfänger „hierbei in eigenem oder in fremdem Interesse handelt", d. h. für eigene oder fremde Rechnung (RG. 17 I 00 JW. 256[11]). Zu einer Erklärung hierüber ist der Empfänger daher nicht verpflichtet (P. 5099). Der Frachtvertrag, soweit er dem Empfänger die erwähnten in eigenem Namen geltend zu machenden Rechte gibt, ist als ein Vertrag über Leistung an einen Dritten aufzufassen (RG. 19 II 86 EisenbEntsch 4 415, Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte 478, Lehmann Nr. 2, Staub § 434 Anm. 1, Rundnagel in EisenbEntsch. 19 278, Düringer-Hachenburg § 433 Anm. IV, Goldmann Nr. 3; abweichend RG. 15 II 00 JW. 315[13]; vgl. auch RGSt. 32 23). Über Ausübung des Anspruchs auf Auslieferung durch Bezeichnung eines Dritten, dem der Frachtführer ausliefern soll, vgl. § 429 Anm. I a 3 γ. Ist ein Ladeschein ausgestellt, so ist neben dem Ladescheinberechtigten kein Platz für einen „Empfänger" (§ 446 Anm. I a); über die Rechte des Ladescheinberechtigten bestimmen §§ 446—448.

b. **Berechtigter.** Vgl. § 433 Anm. II e. Der § 435 bestimmt nur über ein Recht des Empfängers. Dagegen läßt er unberührt die Frage, ob eine entsprechende Pflicht des Empfängers, sei es in seinem Verhältnis zum Frachtführer, sei es in seinem Verhältnis zum

Absender, besteht. An sich besteht keine solche Pflicht (RG. 15 II 00 JW. 314[13]). Doch kann sie im Verhältnis zu jeder von beiden Personen aus besonderen Abreden folgen. So z. B. im Verhältnis zum Absender aus dem zu grund liegenden Rechtsverhältnis, wie etwa unter Umständen, wenn der Empfänger Verkaufskommissionär des Absenders ist. Im Verhältnis zum Frachtführer z. B., wenn der Empfänger sich ihm vertraglich zur Abnahme verpflichtet oder (§ 433 Anm. IIe) nach Annahme des Frachtbriefs ihn zur Auslieferung des Guts angewiesen hat.

c. **Zeitpunkt der Entstehung des Rechts**: „nach der Ankunft des Guts am Ort der Ablieferung." Ort der Ablieferung = Bestimmungsort (§ 426 Anm. IIIb 4). Das in § 435 behandelte Recht des Empfängers darf von diesem erst ausgeübt werden, sobald das Gut am Bestimmungsort angekommen ist. Ebenso VerkO. § 66 Abs. 2, Berner Vertrag Art. 16 Abs. 2 (D. 260). Ein beschränkteres Recht hat er schon vorher nach § 434; ein noch weitergehendes als das ihm in § 435 zugewiesene erhält er nach § 433 Abs. 2 Satz 2, wenn zu der Ankunft des Guts noch die Aushändigung des Frachtbriefs an ihn hinzukommt. Die tatsächliche Ankunft des Guts entscheidet. Auch wenn der Frachtführer unterläßt, Nachricht von der erfolgten Ankunft zu geben. Bereits die Ankunft des Guts gibt dem Empfänger das Recht, wenngleich die Lieferfrist noch nicht herangekommen ist; umgekehrt hat er selbst nach Ablauf der Lieferfrist nicht das Recht aus § 435, solange das Gut nicht angekommen ist. Tritt vor Ankunft des Guts Vollverlust ein, so erlangt er niemals das Recht aus § 435 (ebenso Staub Anm. 1, Düringer-Hachenburg Anm. II 2; vgl. oben § 433 Anm. Ic 2; dagegen Goldmann Nr. 2). Aber auch, wenn vor Ankunft des Guts Teilverlust eingetreten ist, erlangt er nicht das Recht aus § 435 an dem verlorenen Teil (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II 2, Goldmann Nr. 2 und anscheinend Staub Anm. 1); er kann vielmehr nur Auslieferung des angekommenen Teils und des Frachtbriefs fordern, während (§ 433 Anm. Ic 2) dem Absender die Verfügung bezüglich des nicht angekommenen Teils verbleibt. Ebenso, wenn ein Teil des Guts zwar nicht verloren, aber aus anderen Gründen noch nicht am Bestimmungsort angekommen ist (vgl. § 433 Anm. Ic 2). Unzulänglich für die Befugnis zur Ausübung des Rechts aus § 435 ist, solange das Gut nicht angekommen, die Aushändigung des Frachtbriefs (§ 433 Anm. Ic 2). Ebenso die Benachrichtigung von bevorstehender Ankunft. Ebenso die falsche Benachrichtigung von erfolgter Ankunft. Ist das Gut am Bestimmungsort angekommen, so ist das Recht dem Empfänger erworben; es verbleibt ihm, auch wenn demnächst das Gut wieder vom Bestimmungsort entfernt wird, z. B. die das Gut enthaltenden Eisenbahnwagen versehentlich anderswohin versendet werden (ROH. 11 291).

II. **Frachtführer als Verpflichteter.** Der § 435 behandelt nur das Verhältnis des Empfängers zum Frachtführer. Ob der Empfänger ein gleiches Recht auch gegenüber dem Absender hat, ist unerheblich. Der Frachtführer kann dem Empfänger keine Einrede aus dem Rechtsverhältnis des letzteren zum Absender entgegensetzen, hat sich vielmehr nur daran zu halten, ob der Absender ihm (dem Frachtführer) eine gegenteilige Anweisung erteilt hat (§ 435 Satz 3) oder nicht. Als Frachtführer kann sowohl der Hauptfrachtführer wie auch ein Unterfrachtführer mit durchgehendem Frachtbrief (§ 432 Abs. 2) in Betracht kommen. — Das Recht aus § 435 besteht nicht auch gegenüber dem Spediteur (§ 407 Anm. VII). Es bestand schon nach früherem Recht nicht gegenüber deutschen staatlichen Postverwaltungen (RG. 43 100); der § 435 ist auf den Postverkehr nicht (§ 452), auch nicht entsprechend (RG. 60 27, § 452 Anm. Ib), anwendbar.

III. **Inhalt des Rechts**: „die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen geltend zu machen."

a. **Der Frachtvertrag** ist maßgebend sowohl für die Rechte wie für die Verpflichtungen. Die in Art. 405 ADH. enthalten gewesene Einschränkung „wie sie der Frachtbrief ergibt", ist gestrichen, weil sie nicht zu vereinigen war mit § 440, wonach der Frachtführer wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen ein Pfandrecht am Gut hat (D. 260). Derjenige Inhalt des Frachtvertrags ist maßgebend, der bei Ausübung des Rechts durch den Empfänger in Kraft ist. Erheblich sind daher sowohl nachträgliche Änderungen des ursprünglichen Frachtvertrags durch Zusatzvertrag wie auch einseitige Anweisungen des Ab-

senders gemäß § 433, die zu einer Zeit erteilt sind, als er nach § 433 noch verfügungsberechtigt war (P. 5046). Erheblich für die Auslegung der Bestimmungen des Frachtvertrags ist der Wille und die Kenntnis des Absenders, nicht diejenigen des Empfängers (RG. 13 75). Der Frachtbrief ist auch im Verhältnis des Empfängers zum Frachtführer nicht eine Art Verpflichtungsschein, aus dem der Empfänger ohne Rücksicht auf das Verfügungsrecht des Absenders Rechte herleiten könnte (P. 5045). Inwieweit der Frachtbrief Beweis für den Inhalt des ursprünglichen Frachtvertrags zu erbringen vermag, vgl. § 426 Anm. I b 2. Der Frachtführer braucht dem Empfänger weder das Gut noch den Frachtbrief anders als Zug um Zug gegen Erfüllung der aus dem Frachtvertrag sich ergebenden Verpflichtungen auszuliefern; liefert er jedoch Gut und Frachtbrief vorher aus, so braucht nunmehr der Empfänger nur noch die aus dem Frachtbrief sich ergebenden Verpflichtungen zu erfüllen (§ 436). — Nicht der Frachtvertrag, sondern der Frachtbrief ist maßgebend für das Verhältnis des Empfängers zu einem Unterfrachtführer mit durchgehendem Frachtbrief (§ 432 Abs. 2), vorbehaltlich der nach Übernahme des Guts und des Frachtbriefs durch den Unterfrachtführer diesem zugegangenen Anweisungen (§ 433) des Absenders. — Der § 435 läßt unberührt etwaige Ansprüche des Empfängers auf Grund von dinglichen Rechten am Frachtgut (P. 4734) sowie etwaige Forderungsrechte aus anderen Verträgen als dem Frachtvertrag. Der Umstand, daß etwa im Einzelfall der Absender als Kommissionär oder Speditör des Empfängers gehandelt hat und dies Verhältnis dem Frachtführer erkennbar war, gibt dem Empfänger keine besonderen Rechte gegenüber dem Frachtführer (§ 383 Anm. IX a, RG. 43 172).

b. **Die Rechte, die durch den Frachtvertrag begründet sind**, kann der Empfänger geltend machen.

1. Als Beispiele nennt § 435 Satz 2 ausdrücklich die Übergabe des Frachtbriefs und die Auslieferung des Guts. Der Empfänger kann ersteres ohne letzteres und letzteres ohne ersteres verlangen. Der Frachtvertrag wird im Zweifel dahin auszulegen sein, daß auch die Aushändigung des Frachtbriefs allein nicht ohne Erfüllung der auf der Ware ruhenden frachtvertraglichen Verpflichtungen gefordert werden kann. Dagegen kann bei vorhandenem rechtlichen Interesse die Vorlegung des verpackten Frachtguts zur Besichtigung und des Frachtbriefs zur Einsicht auch ohne Erfüllung der frachtvertraglichen Verpflichtungen gefordert werden (BGB. §§ 809 ff.). „Auslieferung" ist gleichbedeutend mit „Ablieferung" (ebenso Staub Anm. 5, Lehmann 2 343 Note 1, Düringer-Hachenburg Anm. III 3 b); vgl. daher § 377 Anm. III a, § 429 Anm. I a 3 γ. — Die Auslieferungsschuld des Frachtführers ist im Zweifel Bringschuld (ROH. 2 416, Eger Frachtr. 2 170, Staub Anm. 5, Lehmann § 436 Nr 1, Düringer-Hachenburg Anm. III 3 b; dagegen Thöl 3 § 18; für den Eisenbahnverkehr Sonderbestimmungen in VerkO. § 68; Rollfuhrunternehmer vgl. § 458 Anm. III d); doch ist nur bis an die Schwelle der Wohnung oder des Geschäftsraums des Empfängers zu bringen, nicht auch im Innern an die vom Empfänger gewünschte Stelle (Staub Anm. 5, Lehmann § 436 Nr. 1). Ist im Einzelfall der Frachtführer nur verpflichtet, bei sich auszuliefern, so hat er dem Empfänger doch Anzeige von der Ankunft des Frachtguts zu erstatten (ROH. 14 279; vgl. 12 389). Gelangt der Empfänger in Annahmeverzug, so verliert er dadurch allein noch nicht das bereits erworbene Verfügungsrecht. Auch wird dadurch die Bringschuld noch nicht in eine Holschuld verwandelt, sondern der Gegner des Frachtführers nur zur Anbietung auch der durch den Annahmeverzug veranlaßten Mehraufwendungen (BGB. § 300) genötigt (§ 373 Anm. IX c 7, Staub Anm. 5; dagegen Lehmann § 436 Nr. 1). Weist jedoch der Empfänger die Annahme des Frachtguts zurück, so geht er der Rechte aus § 435 endgültig verlustig (BGB. § 333, HGB. § 433 Anm. II c) und kann sie nur mit Zustimmung des Absenders wiedererlangen. — Setzt der Empfänger gemäß § 435 die Auslieferung des Guts mit Frachtbrief durch, so kommt er dadurch infolge der Vorschrift des § 436 in eine schlechtere Lage bezüglich seiner Zahlungspflicht, falls der Inhalt des Frachtbriefs ihm ungünstiger ist als der Inhalt des Frachtvertrags (§ 436 Anm. IV a). — Der Frachtbrief wird durch Übergabe seitens des Absenders an den Frachtführer Eigentum des letzteren und bleibt dies —

abgesehen von andersartigem Eigentumsverlust — bis zur Aushändigung an den Empfänger (RGSt. 32 23).

2. Sonstige Rechte. Als solche können z. B. in Betracht kommen Ersatzansprüche wegen Beschädigung (P. 4757) oder wegen eines nach Ankunft des Guts am Bestimmungsort eingetretenen Voll- oder Teilverlusts. Ob auch wegen eins vor diesem Zeitpunkt eingetretenen Teilverlusts, vgl. oben Anm. I c. Ebenso Schadensersatzansprüche wegen Versäumung der Lieferfrist (ROH. 4 362, 22 331). Die Worte „die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte" sind auszulegen im Sinn von „das Recht auf die laut Frachtvertrag zu gunsten des Empfängers versprochene Leistung" (vgl. unten Anm. III c 2). Solche Leistungen sind aber nur die Auslieferung und der Ersatz des dem Empfänger (ROH. 4 362) etwa entstandenen Schadens. Der Empfänger ist daher nicht befugt, auch den dem Absender entstandenen Schaden mit in Ansatz zu bringen (Staub Anm. 9, vgl. ROH. 22 331; dagegen Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte 482, Düringer-Hachenburg Anm. III 3c), ist vielmehr in dieser Beziehung nur berechtigt, gemäß § 438 die Rechte des Absenders zu wahren. — In dem Recht auf Auslieferung liegt als geringeres das Recht auf Sicherungsmaßregeln; der Empfänger verliert daher das Recht zu Sicherungsmaßregeln nicht, wie es nach § 434 scheinen könnte, durch die Ankunft des Guts.

c. **Gegen Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus dem Frachtvertrag ergeben.**

1. Zug um Zug. Der Empfänger kann nur Leistung Zug um Zug verlangen („gegen"; P. 4764, ROH. 20 377). Über die Frage, ob er bei Aufforderung zur Leistung gleichzeitig seine Bereitschaft zur Gegenleistung ausdrücklich hervorheben muß, um den Frachtführer in Leistungsverzug zu versetzen, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. III c. Über die Frage, wann die Zug um Zug zu bewirkende Leistung fällig wird, vgl. Vorbem. zu §§ 375, 376 Anm. I f. Der Empfänger kann nicht teilweise Leistung gegen teilweise Erfüllung der Gegenverpflichtung fordern, außer soweit die Leistungsweigerung des Frachtführers nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils der Gegenleistung des Empfängers, gegen Treu und Glauben verstoßen würde (BGB. § 320). Der Frachtführer darf daher in der Regel bis zur Bewirkung der Gegenleistung die Aushändigung des ganzen Frachtguts verweigern und ist nicht auf Einbehaltung eines seine Gegenforderung deckenden Teils beschränkt (ROH. 14 273). Er darf aber sich auf Einbehaltung eines Teils beschränken (vgl. RG. 36 2). Auch braucht der Frachtführer sich nicht mit Sicherheitsleistung statt der Zahlung zu begnügen (P. 4760). Durch die Gewährung eines über die Ablieferung hinausdauernden Pfandrechts (§ 440 Abs. 3) sollte aber der Frachtführer veranlaßt werden, in der Regel tatsächlich vorzuleisten, trotz nicht hierzu bestehender Verpflichtung (P. 4764).

2. Verpflichtungen. Entsprechend wie für die „Rechte" (oben Anm. III b 2), sind auch für die „Verpflichtungen" die Worte „sich daraus ergebenden" auszulegen als „sich daraus für den Empfänger ergebenden". Ist im Frachtvertrag vereinbart, daß ein Teil der Gegenleistungen vom Absender und nicht vom Empfänger zu bewirken ist, so braucht der Empfänger diesen Teil nicht zu erfüllen (Eger Frachtr. 2 292). Der Frachtführer hat auch bezüglich dieses Teils an sich allerdings ein Pfandrecht (§ 440 Anm. I c); doch wird in einer Abrede der vorgedachten Art unter Umständen eine vertragliche Beschränkung des Pfandrechts liegen, wonach es nicht auch gegenüber dem Empfänger geltend gemacht werden dürfe. — Beispiele von Verpflichtungen sind Fracht, Kosten, Vorschüsse auf das Gut, und die durch den Absender auf das Gut gelegte Nachnahme.

3. Empfangsbekenntnis über Aushändigung des Guts kann seitens des Frachtführers verlangt werden (BGB. § 368, D. 260; so auch Berner Vertrag Art. 16 Abs. 1, VerkO. § 66 Abs. 1). Eine gegenteilige Verkehrsübung besteht nicht (Staub Anm. 8). Entsprechend bei Annahme des Guts durch den Frachtführer § 426 Anm. II.

IV. **Entgegenstehende Anweisung des Absenders.** Darüber, bis zu welchem Zeitpunkt sie zulässig ist, vgl. § 433 Anm. I c. Ist sie erteilt, bevor das Gut am Bestimmungsort ankommt, so entsteht insoweit das Recht des Empfängers nicht, da es insoweit nicht mehr „durch

den Frachtvertrag begründet" ist (oben Anm. III a). Wird sie erst später erteilt, so erlischt insoweit das Recht des Empfängers (§ 435 Satz 3). Das Erlöschen hat nicht rückwirkende Kraft.

V. **Eisenbahnfrachtvertrag** insbesondere. Hierüber bestimmt VerkO. § 66:

„(1) Die Eisenbahn ist verpflichtet, am Bestimmungsorte dem bezeichneten Empfänger gegen Bezahlung ihrer durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen und gegen Bescheinigung des Empfangs (§ 68 Abs. 7) den Frachtbrief und das Gut auszuhändigen.

(2) Der Empfänger ist nach Ankunft des Guts am Bestimmungsorte berechtigt, die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen im eigenen Namen gegen die Eisenbahn geltend zu machen, sei es, daß er hierbei im eigenen oder im fremden Interesse handle. Er ist insbesondere berechtigt, von der Eisenbahn die Übergabe des Frachtbriefs und die Auslieferung des Guts zu verlangen. Dieses Recht erlischt, wenn der Absender der Eisenbahn eine nach Maßgabe des § 64 zulässige entgegenstehende Anweisung erteilt hat.

(3) Als Ort der Ablieferung gilt, vorbehaltlich der Festsetzungen im § 68 Abs. 1 bis 3, die vom Absender bezeichnete Bestimmungsstation. Soll nach der Vorschrift des Frachtbriefs das Gut an einem an der Eisenbahn gelegenen Orte abgegeben werden oder liegen bleiben, so gilt, auch wenn im Frachtbrief ein anderweiter Bestimmungsort angegeben ist, der Transport als nur bis zu jenem ersteren, an der Bahn liegenden Orte übernommen, und die Ablieferung hat an diesem zu erfolgen.

(4) Die Empfangsbahn hat bei der Ablieferung alle durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen, insbesondere Fracht und Nebengebühren, Zollgelder und andere zum Zwecke der Ausführung des Transports gehabte Auslagen, sowie die auf dem Gute haftenden Nachnahmen und sonstigen Beträge einzuziehen, und zwar sowohl für eigene Rechnung, als auch für Rechnung der vorhergehenden Eisenbahnen und sonstiger Berechtigter. Die Empfangsbahn hat gegebenenfalls das Pfandrecht der Eisenbahn an dem Gute (HGB. §§ 440 ff.) geltend zu machen."

§ 436.

Zahlungspflicht des Empfängers.

Durch Annahme des Gutes und des Frachtbriefs wird der Empfänger verpflichtet, dem Frachtführer nach Maßgabe des Frachtbriefs Zahlung zu leisten.

ADH. Art. 406. **Entw. I** § 410. **Entw. II** § 428.

I. Annahme von Gut und Frachtbrief.
II Empfänger als Verpflichteter.
III. Frachtführer als Berechtigter.
IV. Verpflichtung, nach Maßgabe des Frachtbriefs Zahlung zu leisten.
V. Eisenbahnfrachtvertrag.

I. **Annahme des Guts und des Frachtbriefs.**

a. **Annahme.** Hierunter ist an dieser Stelle die bewußte Mitwirkung bei Entgegennahme der Ablieferung verstanden. Wann Ablieferung vorliegt, vgl. § 377 Anm. III a, § 429 Anm. I a 3γ. Keine Annahme liegt vor, solange nur Vorschuß geleistet, Löschplatz angewiesen und Feststellung der Menge vorgenommen, aber nicht Besitz ergriffen ist (KG. 19 III 02 OLGRspr. 6 96). Nimmt der Empfänger nicht persönlich an, so ist erheblich nur die Annahme durch einen solchen Beauftragten, der befugt ist, über den Zustand des Guts sich zu vergewissern und darüber eine entsprechende Erklärung abzugeben (RG. 46 8). Ob einseitige Vorbehalte des Empfängers die in § 436 bestimmte Wirkung ausschließen, ist bestritten (bejahend Thöl 3 § 36, Staub Anm. 3; verneinend CosackHR. § 87 I 5c, Lehmann Nr. 4; vgl. auch § 438 Anm. I d). Man wird anzunehmen haben, daß ein Vorbehalt erheblich ist, durch den der Empfänger zu erkennen gibt, daß er vorläufig nicht für sich Besitz ergreifen, sondern nur für den Frachtführer Besitz ausüben will (zust. Düringer-Hachenburg Anm. II 2); so z. B., wenn der Empfänger dem Frachtführer gestattet, vorläufig das Frachtgut bei ersterem abzustellen, jedoch zur jederzeitigen Verfügung des Frachtführers. Dagegen ist ein einseitiger Vorbehalt neben voller Besitzergreifung für wirkungslos zu erachten (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. II 2); anders allerdings, wenn der Frachtführer sich damit einverstanden erklärt,

daß trotz der Besitzergreifung der Vorbehalt Geltung haben soll, denn hierin liegt der Abschluß eines zulässigen, die Regel des § 436 aufhebenden Vertrags. Bereiterklärung zur Annahme nur unter Vorbehalt steht in denjenigen Fällen, in denen nach Vorstehendem der Vorbehalt wirksam ist, einer Annahmeweigerung (§ 437) gleich (Staub Anm. 3). — Unerheblich ist, ob am Bestimmungsort oder an anderem Ort (vgl. z. B. § 434 Anm. II) die Annahme erfolgt.

b. **Gut und Frachtbrief.** Die Annahme des Frachtbriefs ist auch dann als erfolgt anzusehen, wenn nach Vorlegung des Frachtbriefs der Empfänger sich mit dessen Inhalt einverstanden erklärt, ihn dann aber dem Frachtführer als Beleg dafür, daß Zahlung noch aussteht, wieder zurückgibt (P. 5101, LG. Frankfurt a/O. 25 XI 01 KGBl. 02 5, vgl. § 433 Anm. IIc). Eine Ablehnung der Annahme des Frachtbriefs durch Rückgabe desselben befreit den Empfänger nicht mehr von seiner Zahlungsverpflichtung, wenn er inzwischen das Gut angenommen hat (LG. Frankfurt a/O. 25 XI 01 KGBl. 02 5). Die Annahme des Frachtbriefs ohne Annahme des Guts hat für sich allein nicht die Wirkung des § 436 (§ 433 Anm, IIe). Die Ansicht (RGStr. 32 23), daß in der Annahme des Frachtguts allein ohne Frachtbrief ein Beitritt des Empfängers zum Frachtvertrag liege, ist unvereinbar mit § 436; doch kann im Einzelfall durch solche Annahme ein vom Frachtvertrag unabhängiger Anspruch des Frachtführers gegen den Empfänger begründet werden (unten zu c). — Die Annahme des Ladescheins steht für die Anwendung des § 436 nicht der Annahme des Frachtbriefs gleich.

c. **Zahlungspflicht aus anderen Rechtsgründen** ist, soweit sie etwa im Einzelfall besteht, unberührt durch § 436 (Staub Anm. 1). Namentlich kann auch außerhalb des in § 436 behandelten Falls durch Vertrag zwischen Empfänger und Frachtführer eine Zahlungspflicht des ersteren begründet werden. Über die Frage, ob ein solcher Vertrag in der nach Annahme des Frachtbriefs erteilten Weisung an den Frachtführer zur Auslieferung der Ware zu finden ist, vgl. § 433 Anm. IIe. Ist kein Frachtbrief ausgestellt, so wird im Zweifel in der Annahme des Guts die Übernahme der Verpflichtung liegen, die dem Empfänger bekannt gewordenen auf dem Gut haftenden Beträge zu zahlen, insbesondere (ROH. 20 411) diejenigen Kosten, deren Entstehen der Empfänger durch eigenes unvorschriftsmäßiges Verhalten bei Ablieferungsentgegennahme verschuldet hat.

II. **Empfänger als Verpflichteter.** „Empfänger" vgl. § 435 Anm. Ia. Auch bei Auslegung des § 436 ist festzuhalten, daß „Empfänger" nicht ist, wer empfangen hat, sondern wer empfangen soll. Persönlich als Empfänger verpflichtet ist, wer mit einem auf ihn persönlich lautenden Frachtbrief das Gut annimmt, selbst wenn dem Frachtführer bekannt ist, daß der so Bezeichnete für Rechnung eines anderen empfängt (LG. Frankfurt a/O. 22 XII 02 KGBl. 03 35). Abweichend von § 435 ist im Fall des § 436 nicht der Inhalt des Frachtvertrags, sondern der Inhalt des Frachtbriefs entscheidend dafür, wer „Empfänger" ist; doch wird in der Regel in der Annahme eines auf einen anderen Empfänger lautenden Frachtbriefs ein Vertrag zwischen dem Annehmenden und dem Frachtführer liegen, inhalts dessen der Annehmende übernimmt, diejenigen Verpflichtungen zu erfüllen, die laut Frachtbrief dem in letzterem bezeichneten Empfänger obliegen. — Durch Entstehen einer Zahlungspflicht des Empfängers verliert der Frachtführer noch nicht seinen Anspruch gegen den Absender (OLG. Darmstadt 15 VII 00 OLGRspr. 2 24); vgl. jedoch § 442 Anm. IV. Ebensowenig verliert er sein dingliches Recht aus § 440. Die Verpflichtung des Empfängers gegenüber dem Frachtführer besteht auch dann, wenn der Absender den Empfänger außerhalb des Frachtbriefs auffordert, nicht zu zahlen (LG. Frankfurt a/O. 25 XI 01 KGBl. 02 5).

III. **Frachtführer als Berechtigter.** Vgl. § 435 Anm. II. Über Mehrheit von Frachtführern vgl. § 441. — Der Empfänger kann dem Frachtführer keine Einrede aus des Empfängers Verhältnis zum Absender entgegensetzen. Der § 436 ist nicht entsprechend anwendbar auf das Verhältnis des Empfängers zum Spediteur des Versenders (§ 407 Anm. VII).

IV. **Verpflichtung, nach Maßgabe des Frachtbriefs Zahlung zu leisten.**

a. **Nach Maßgabe des Frachtbriefs.** Vgl. § 432 Anm. IIIb 2. Übereinstimmend VerkO. § 67 (unten Anm. V), ähnlich Berner Vertrag Art. 17. Im Gegensatz zu § 435 ist nicht der Frachtvertrag, sondern der Frachtbrief für maßgebend erklärt, da es sich hier nicht um ein

Recht, sondern um eine durch Annahme von Gut und Frachtbrief begründete selbständige Verpflichtung des Empfängers handelt (D. 261). Genügend ist, daß — angenommen der Frachtbrief entspreche dem Frachtvertrag — die Forderung des Frachtführers rechtlich begründet ist. Daß die tatsächlichen Umstände wirklich eingetreten sind, an welche die Entstehung des Anspruchs anknüpft (z. B. daß Zoll wirklich gezahlt ist), braucht sich aus dem Inhalt des Frachtbriefs nicht zu ergeben. Ein einseitiger Vermerk des Frachtführers auf dem Frachtbrief, wenngleich der Vermerk bereits vor Annahme des Frachtbriefs durch den Empfänger gemacht ist, verringert nicht die Rechte des letzteren (§ 432 Anm. IIIb 2); dagegen wird man annehmen müssen, daß er die Verpflichtungen des Empfängers verringert (Lehmann 2 346 Note 1), denn in dem Vermerk liegt ein Verzicht auf Geltendmachung weitergehender Rechte des Frachtführers. — Da durch Annahme von Gut und Frachtbrief der Inhalt des Frachtbriefs für das Verhältnis des Empfängers zum Frachtführer an die Stelle des bis dahin nach § 435 maßgebenden Frachtvertrags tritt und (§ 438 Anm. IIb) dem Empfänger auf diese Weise auch die nach § 438 notwendige Wahrung etwaiger weitergehender Ansprüche aus dem Frachtvertrag unmöglich gemacht wird, so muß der Empfänger im Einzelfall sich überlegen, ob er durch Annahme von Gut mit Frachtbrief sich in diese möglicherweise schlechtere Lage bringen will. Auch ist zu beachten, daß der Verpflichtung des Empfängers, Zug um Zug gegen Auslieferung Zahlung gemäß Frachtbrief zu leisten, nicht notwendig eine Verpflichtung des Frachtführers gegenübersteht, Zug um Zug gegen solche Zahlung auszuliefern; denn der Frachtführer kann möglicherweise ein Pfandrecht wegen einer nicht aus dem Frachtbrief hervorgehenden Forderung haben (§ 440 Anm. Ic 1).

b. **Beispiele.** Der Empfänger haftet für die aus dem Frachtbrief hervorgehenden Nachnahmen, gleichviel ob sie Aufwendungen betreffen, wegen deren der Frachtführer einen Vormann befriedigt hat, oder ob sie auf einem Einziehungsauftrag des Absenders beruhen (OTr. 76 65). Ebenso für die aus den im Frachtbrief in Bezug genommenen Tarifen der Eisenbahn berechenbare Fracht, selbst wenn die Höhe der letzteren nicht im Frachtbrief namhaft gemacht ist (ROH. 9 73, 21 183, OLG. Frankfurt 15 XI 05 EisenbEntsch. 22 295) und wenn der Empfänger den Inhalt des Tarifs nicht kannte (ROH. 21 186). Ebenso für Zoll, wenn die Verpflichtung zu dessen Erstattung aus dem Frachtbrief oder den im Frachtbrief in Bezug genommenen reglementarischen Bestimmungen hervorgeht (Bolze 23 Nr. 483). In gleichem Fall auch für eine Vertragsstrafe (RG. 10 XI 80 EisenbEntsch. 1 304). Er haftet z. B. für eine gemäß dem Tarif verwirkte Vertragsstrafe für unrichtige Frachtbriefangabe des Absenders, wenn er bei Annahme von Gut und Frachtbrief die Unrichtigkeit der Angabe kannte (ROH. 21 186) oder erkennen konnte (weitergehend nehmen Düringer-Hachenburg II 3 und wohl auch Staub Anm. 6 Haftung selbst dann an, wenn der Empfänger die Unrichtigkeit nicht kannte oder erkennen konnte). Ist die Fracht in dem auf die Tarife bezugnehmenden Frachtbrief falsch berechnet, so ist dennoch der Tarif und nicht die irrtümliche Berechnung maßgebend, und für beide Teile bleibt die Berichtigung des Irrtums vorbehalten (ROH. 9 73, 21 184, VerkO. § 61 Abs. 4). Enthielt der Tarif einen Druckfehler, der seitens beider Parteien erst nach Abschluß des einzelnen Frachtvertrags bemerkt wird, so kann die Eisenbahn dennoch nicht den verdruckten höheren Satz fordern (RG. 6 102). Ist eine Vereinbarung zwischen Eisenbahn und Absender über Beförderung zu bestimmtem Tarif getroffen und dies durch Vermerk im Frachtbrief zum Ausdruck gekommen, so ist, selbst wenn den Bahnbeamten eine derartige Vereinbarung untersagt war, der Empfänger nicht verpflichtet, höhere als die durch jenen Vermerk angezogenen Frachtsätze zu zahlen (RG. 4 77). Der Empfänger haftet für Liegegelder und sonstige durch sein Verhalten bei der Ablieferung entstandene Mehrkosten, wenn der Absender nach Inhalt des Frachtbriefs sie dem Frachtführer schuldet (§ 425 Anm. IIIg, vgl. ROH. 20 410, LG. Frankfurt a/O. 22 XII 02 KGBl. 03 35; dagegen Thöl 3 62 Anm. 3). Er haftet auch für die durch Verhalten des Absenders verschuldeten, aus dem Inhalt des Frachtbriefs begründbaren Liegegelder (vgl. RG. 15 76). Dagegen haftet er nicht persönlich für die etwa auf dem Frachtgut ruhenden, aber nicht aus den Frachtvertragsbedingungen, so wie sie im Frachtbrief wiedergegeben sind, begründbaren, wenngleich erforderlichen Aufwendungen (Str. 71 46).

c. **Verjährung.** Die Ansprüche der Eisenbahnunternehmungen, Frachtfuhrleute, Schiffer, Lohnkutscher und Boten wegen Fahrgeld, Fracht, Fuhr- und Botenlohn einschließlich Auslagen verjähren, auch wenn die Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt, in der Regel in zwei Jahren (BGB. § 196 Nr. 3) seit Schluß des Jahrs, in dem sie entstanden sind (BGB. §§ 198—201). Es verjähren jedoch schon in einem Jahr seit Ablauf des Zahlungstags Ansprüche der Eisenbahn auf Nachzahlung zu wenig erhobener Fracht oder Gebühren, sofern der Anspruch auf eine unrichtige Anwendung der Tarife oder auf Fehler bei der Berechnung gestützt wird (§ 470). Ebenso in einem Jahr seit Schluß des Entstehungsjahrs die Forderungen des Frachtflößers mit Nebengebühren und Auslagen (FlößG. § 30 Nr. 5). Zu den der Verjährung aus BGB. § 196 Nr. 3 unterliegenden Ansprüchen gehört auch eine Forderung des Frachtführers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Frachtvertrags (RG. **61** 391).

V. **Eisenbahnfrachtvertrag** insbesondere. Der § 67 VerkO. lautet:

„Durch Annahme des Guts und des Frachtbriefs wird der Empfänger verpflichtet, der Eisenbahn nach Maßgabe des Frachtbriefs Zahlung zu leisten. Vergleiche jedoch § 61 Abs. 4 wegen Berichtigung der Frachtansätze."

Die Bezugnahme auf VerkO. § 61 Abs. 4 (abgedr. § 470 Anm. I b) enthält keine sachliche Abweichung von den allgemeinen bei Frachtverträgen zur Anwendung kommenden Regeln (oben Anm. IV b).

§ 437.

Ablieferungshindernis.

Ist der Empfänger des Gutes nicht zu ermitteln oder verweigert er die Annahme oder ergiebt sich ein sonstiges Ablieferungshinderniß, so hat der Frachtführer den Absender unverzüglich hiervon in Kenntniß zu setzen und dessen Anweisung einzuholen.

Ist dies den Umständen nach nicht thunlich oder der Absender mit der Ertheilung der Anweisung säumig oder die Anweisung nicht ausführbar, so ist der Frachtführer befugt, das Gut in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise zu hinterlegen. Er kann, falls das Gut dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist, das Gut auch gemäß § 373 Abs. 2 bis 4 verkaufen lassen.

Von der Hinterlegung und dem Verkaufe des Gutes hat der Frachtführer den Absender und den Empfänger unverzüglich zu benachrichtigen, es sei denn, daß dies unthunlich ist; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

ADH. Art. 407. **Entw. I** § 411. **Entw. II** § 429.

I. **Verhältnis des § 437 zu anderen Bestimmungen.** Der § 437 ist dem BinnenschiffahrtsG. § 52 nachgebildet (D. 261). Teilweise abweichende Bestimmungen enthalten Berner Vertrag Art. 24 und Eisenbahnverkehrsordnung § 70 (unten Anm. VI).

a. **Annahmeverzug des Absenders.** Das Ablieferungshindernis kann auf einem Annahmeverzug des Absenders beruhen. So z. B., wenn der Empfänger die Annahme weigert, ohne daß die

Tatsache, auf Grund deren die Annahmeweigerung erfolgt, vom Frachtführer zu vertreten ist. Denn da die Ablieferung Teil der übernommenen Beförderung ist (§ 425 Anm. II e 5), so liegt in der Entgegennahme der Besitzübertragung bei Ablieferung eine dem Besteller obliegende Mitwirkungshandlung (BGB. § 642). Die etwaige Benennung eines dritten Empfängers geschieht nicht in dem Sinn, daß dadurch der Absender frei werden solle, sondern nur in dem Sinn, daß der Frachtführer zunächst versuchen solle, ob der Dritte statt des Absenders die Mitwirkungshandlung vornimmt, der Absender aber dafür zu sorgen hat, daß dies seitens des Dritten und nötigenfalls durch den Absender selbst geschieht. Liegt Annahmeverzug des Absenders vor, so wird der Frachtführer dennoch nicht für befugt zu erachten sein, statt gemäß § 437 auch gemäß BGB. §§ 372, 383—385 zu verfahren. Denn § 437 Abs. 1 schreibt als Regel allgemein Einholung der Anweisung des Absenders vor und gestattet nur in drei Ausnahmefällen sofortige Hinterlegung; dies aber ist mit den angeführten Bestimmungen des BGB. nicht zu vereinigen. D. 261 bemerkt nur unklar, die Rechte auf Hinterlegung und Verkauf müßten aus Art. 407 ADH. in den § 437 übernommen werden, „da die §§ 372, 383—385 BGB. in dieser Beziehung nicht ausreichen." — Die außer der Hinterlegungs- und Verkaufsbefugnis eintretenden allgemeinen Folgen des Annahmeverzugs (§ 373 Anm. IX c, BGB. § 644 Abs. 1 Satz 2), insbesondere die Haftungserleichterung (OLG. Dresden 4 IV 88 ZHR. 38 237), bleiben dagegen neben § 437 bestehen. Ebenso wohl, wenn der Absender durch Unterlassen einer Mitwirkungshandlung in Verzug gerät, das Kündigungsrecht aus BGB. § 643 (dagegen Lehmann § 428 Nr. 14).

b. **Annahmeverzug des Empfängers.** Annahmeverzug des Empfängers kann nach dem Zeitpunkt entstehen, in welchem seine unmittelbare Auslieferungsforderung beginnt. Durch Annahmeverweigerung des Empfängers tritt das etwa bereits verlorene Verfügungsrecht des Absenders wieder in Kraft (§ 433 Anm. II c), und der Empfänger verliert sein Verfügungsrecht (§ 435 Anm. III b 1); welche Wirkung gegenüber dem Absender dann eintritt, vgl. oben zu a. In anderen Fällen eines Annahmeverzugs des Empfängers behält dieser sein Verfügungsrecht (§ 435 Anm. III b 1). Auch ihm gegenüber, wie gegenüber dem Absender, enthält § 437 eine ausschließliche Regelung in Ansehung dessen, was mit dem Frachtgut geschehen darf, so daß BGB. §§ 372, 383—385 nicht Anwendung finden können (abweichend Lehmann Nr. 5); dagegen bleiben die übrigen nach BGB. eintretenden Folgen eines Annahmeverzugs neben § 437 bestehen. — Nicht § 437, sondern nur die allgemeinen Vorschriften kommen zur Anwendung, wenn zu der Zeit, in welcher der Empfänger in Annahmeverzug gerät, der Frachtführer nicht mehr auf Grund des Frachtvertrags, sondern auf Grund eines neu mit dem Empfänger vereinbarten Rechtsverhältnisses besitzt.

c. **Unmöglichkeit der Ablieferung.** Auch hierin liegt ein Ablieferungshindernis. Bei Unmöglichkeit kommt daher § 437 zur Anwendung (ROH. 8 321), und zwar auch, wenn die Unmöglichkeit eine voraussichtlich nur zeitweilige ist (§ 428 Anm. III a 2). Jedoch nur für die Frage, was mit dem Frachtgut geschehen darf, solange nicht der Rücktritt vom Vertrag erklärt und damit die Voraussetzung des § 437, das Bestehen eines Frachtvertrags (unten Anm. II a), aufgehoben ist. In allen übrigen Beziehungen bleiben daneben BGB. §§ 323—325 anwendbar; so für die Fragen, ob Rücktritt zulässig ist, ob, von wem und in welcher Höhe Schadensersatz verlangt werden kann. Soweit infolge Rücktritts das Frachtgut herauszugeben, tritt nach Ausübung eines der Rechte aus § 437 an Stelle des Herausgabeanspruchs der Anspruch auf Abtretung der Forderung an den Hinterlegungsempfänger bezw. auf Herauszahlung des Versteigungserlöses.

II. **Gemeinsame Voraussetzungen der Benachrichtigungspflicht, des Hinterlegungsrechts und des Verkaufsrechts.**

a. **Bestehen des Frachtvertrags.** Der § 437 ist nicht mehr anwendbar, wenn der Frachtvertrag aufgehoben ist (dagegen Düringer-Hachenburg II 1 a), z. B. durch Rücktritt gemäß BGB. § 325 oder gemäß HGB. § 428 oder durch Widerruf. Er ist aber anwendbar, auch wenn das Verfügungsrecht des Absenders (§ 433) bereits erloschen und nicht (z. B. durch Annahmeweigerung des Empfängers, § 433 Anm. II c) wieder aufgelebt ist.

b. **Ablieferungshindernis.** Über den Begriff der Ablieferung vgl. § 377 Anm. III a, § 429

Anm. I a 3 γ. Der § 437 nennt zwei Beispiele von Ablieferungshindernissen, Nichtermittelbarkeit des Empfängers und Annahmeweigerung. Aber auch jedes sonstige Hindernis genügt, gleichgültig an welchem Punkt der Beförderung es sich entgegenstellt. So z. B. eine Unterbrechung des Beförderungswegs durch höhere Gewalt, eine Beschlagnahme, durch welche der Frachtführer verhindert wird, den Besitz zu übertragen, Abwesenheit des Empfängers ohne Zurücklassung eines Vertreters, wodurch der Empfänger verhindert wird, die Besitzübertragung entgegenzunehmen, Weigerung des Empfängers (ROH. 2 417) zur Zahlung der auf dem Gut haftenden Beträge Zug um Zug gegen Ablieferung. Unerheblich ist, ob das Hindernis erst nach Ankunft des Guts am Bestimmungsort oder schon vorher eintritt (ROH. 8 320; ebenso Düringer-Hachenburg Anm. II 1 b; nur ersteres erachtet als unter § 437 fallend Eger Anm. 382 zu § 70 VerkO. und anscheinend Lehmann 2 348 Note 1), ob es auf Zufall, ob auf Verschulden oder Annahmeverzug des Absenders oder Empfängers, ob auf Verschulden des Frachtführers beruht, ob es voraussichtlich ein dauerndes oder nur ein zeitweiliges ist. Ein Ablieferungshindernis liegt daher auch in einer zeitweiligen Verhinderung von Antritt oder Fortsetzung der Reise (vgl. § 428 Abs. 2; dagegen Eger aaO.), denn wenn die Reise verhindert ist, so ist auch die Ablieferung verhindert. Ebenso im Anhalten des Frachtguts durch den Absender (§ 433 Abs. 1), wenn dieser nicht anderweit verfügt (D. 261) und nicht zur Annahme der Besitzübertragung an dem Ort, wo das Gut angehalten worden, bereit ist. Wollte man diese Fälle nicht mitbegreifen, so würde für sie jede Regelung fehlen, während doch die in § 437 getroffene Regelung auch für sie angemessen ist.

III. **Wer ist zu benachrichtigen, und wessen Weisung einzuholen?** Der § 437 nennt in Abs. 1 und 2 nur den Absender als Gegner des Frachtführers, dagegen in Abs. 3 den Absender und den Empfänger. Aus diesem Gegensatz wird man schließen müssen, daß die Unterscheidung eine gewollte ist. Ferner ist weder in Abs. 1 und 2 noch in Abs. 3 unterschieden, ob im Einzelfall noch der Absender oder bereits der Empfänger verfügungsberechtigt ist. Man wird daher annehmen müssen, daß es hierauf nicht ankommt, daß mithin im Fall des Abs. 3 beide zu benachrichtigen sind, gleichgültig wer von ihnen verfügungsberechtigt ist, und daß im Fall des Abs. 1 Benachrichtigung und Weisungseinholung an den Absender auch dann zu richten sind, wenn der Absender nicht mehr verfügungsberechtigt ist, wie z. B., wenn nach Ankunft des Guts am Bestimmungsort und Übergabe des Frachtbriefs an den Empfänger letzterer zwar die Sendung nicht zurückweist, aber in anderer Weise in Annahmeverzug gerät. Über die Frage, von wem in solchem Fall die Anweisung zu erteilen, vgl. unten Anm. IV. Eine Unterscheidung, wie sie in § 440 Abs. 4 enthalten, wonach der Absender nur bei Nichtermittelung des Empfängers oder dessen Annahmeweigerung, aber in allen sonstigen Fällen der Empfänger zu benachrichtigen, fehlt in § 437 Abs. 1, kann daher wohl in den § 437 Abs. 1 nicht hineingelegt werden (dagegen anscheinend Lehmann Nr. 7).

IV. **Benachrichtigungs- und Weisungseinholungspflicht (§ 437 Abs. 1).**

a. **Allgemeines.** Sie treten ein, wenn während bestehenden Frachtvertrags (oben Anm. II a) ein Ablieferungshindernis (oben Anm. II b) sich ergibt. Auslegungsfrage ist, ob im Einzelfall in der Benachrichtigung zugleich eine Einholung der Anweisung liegt. Nicht erforderlich ist die Stellung einer ausdrücklichen Frage, welche Anweisung erteilt werde; genügend ist Kenntlichmachung, daß der Frachtführer die Erteilung einer Anweisung erwartet. Hat der Absender bereits Kenntnis, so bedarf es zwar keiner Benachrichtigung, aber die Weisungseinholung wird dadurch nicht entbehrlich. Ist der Empfänger verfügungsberechtigt, so hat der Frachtführer nichtsdestoweniger den Absender um Erteilung einer Anweisung anzugehen (oben Anm. III; zust. Düringer-Hachenburg Anm. II 2; abweichend Lehmann Nr. 7). Erteilt der Absender eine Anweisung, die das Verfügungsrecht des Empfängers nicht beeinträchtigen würde, so hat der Frachtführer sie zu befolgen. Erteilt dagegen der Absender eine Anweisung, die das Verfügungsrecht des Empfängers beeinträchtigen würde, so liegt Nichtausführbarkeit der Anweisung vor (unten Anm. V a 3); dem Absender bleibt, wenn eine derartige Anweisung erforderlich ist, überlassen, die Zustimmung des Empfängers beizubringen. — Benachrichtigung und Weisungseinholung haben „unverzüglich" (= ohne schuldhaftes Zögern, BGB. § 121) zu geschehen (vgl. ROH. 20 347). Sie sind nicht erforderlich, wenn

sie „nicht tunlich“ (§ 373 Anm. XIV b 2) sind. Folge der Unterlassung trotz Tunlichkeit ist Schadensersatzpflicht (ROH. 20 347).

b. **Darf dem Empfänger, der ursprünglich Annahme weigerte, demnächst sich annahmebereit erklärt, vor Eingang einer Weisung des Absenders abgeliefert werden?** Auch hier wird zu unterscheiden sein (dagegen Senckpiehl EisenbEntsch. 21 204, Rundnagel EisenbEntsch. 21 399), ob der Empfänger bereits vor Annahmeweigerung das Verfügungsrecht erlangt hatte oder nicht. In ersterem Fall geht das bereits erlangte Verfügungsrecht nicht durch die Annahmeweigerung verloren, wenn nicht außerdem das Aufgeben jenes Rechts erklärt wird. Nicht daher z. B., wenn nach Ankunft des Guts und Frachtbriefübergabe der Empfänger erklärt, daß er zwar nicht jetzt, aber später annehmen wolle. War aber das Verfügungsrecht noch nicht auf den Empfänger übergegangen, so enthält dessen Annahmeweigerung in der Regel eine Zurückweisung der durch den Frachtvertrag für ihn begründeten Rechte (BGB. § 333), durch welche das für ihn durch den Frachtvertrag begründete Recht endgültig untergeht. Der Frachtführer darf daher in diesem Fall nur dann nachträglich ausliefern, wenn ihm das fortdauernde Einverständnis des Absenders nachgewiesen wird (Senckpiehl aaO., Rundnagel aaO.). So wohl auch, wenn die Benachrichtigung des Frachtführers über Annahmeweigerung noch nicht abgesendet ist (dagegen Rundnagel aaO.), denn der Absender kann auch von anderer Seite (z. B. vom Empfänger) Nachricht erhalten und daraufhin andere Verfügungen getroffen haben. Ebenso bei Untunlichkeit der Benachrichtigung (dagegen Rundnagel, abw. auch Senckpiehl) oder Säumnis des Absenders (ebenso Rundnagel; abw. Senckpiehl). Indessen wird der Frachtführer, solange seine Benachrichtigung nicht dem Absender zugegangen ist und nachgewiesen wird, daß auch von anderer Seite keine Benachrichtigung dem Absender zugegangen ist, den fortdauernden Willen des Absenders, daß Ablieferung erfolge, voraussetzen dürfen, vorausgesetzt, daß dem Absender die Nachricht von nachträglicher Annahme spätestens gleichzeitig mit der Nachricht von Annahmeweigerung zugeht. Keine Zurückweisung nach BGB. § 333 (wenngleich wohl eine Annahmeweigerung im Sinn des § 437) liegt vor, wenn die Annahme des Guts unter der *zutreffenden* Behauptung abgelehnt wird, daß die Annahme nicht in der dem Frachtvertrag entsprechenden Weise, z. B. zu falscher Zeit, an falschem Ort oder mit zu hoher Nachnahme, angeboten werde. — Für den Eisenbahnfrachtvertrag vgl. Allgemeine Abfertigungsbestimmungen § 53 Abs. 8 bei Eger VerkO. § 70 Anm. 382.

V. **Hinterlegungs- und Verkaufsrecht (§ 437 Abs. 2, 3).**

a. **Gemeinsame Voraussetzungen.** Während bestehenden Frachtvertrags muß ein Ablieferungshindernis vorliegen (oben Anm. II). Außerdem muß, damit Hinterlegung oder Verkauf zulässig wird, noch eine der nachstehenden drei Voraussetzungen gegeben sein:

1. *Untunlichkeit der Benachrichtigung und Weisungseinholung.* Vgl. § 373 Anm. XIV b 2. Es genügt, wenn *eins* von beiden untunlich ist.
2. *Säumnis des Absenders mit Erteilung der Anweisung.* Vgl. § 389 Anm. I. Über die Frage, inwieweit, wenn Annahmeverzug vorliegt, die allgemeinen Bestimmungen über Annahmeverzug neben § 437 zur Anwendung zu bringen sind, vgl. oben Anm. I a, b.
3. *Nichtausführbarkeit der Anweisung.* Hierunter ist sowohl eine tatsächliche wie eine rechtliche Nichtausführbarkeit begriffen. Letztere liegt sowohl dann vor, wenn die Anweisung den Rechten des Frachtführers, wie auch, wenn sie den vom Frachtführer zu berücksichtigenden Rechten des Empfängers widerstreitet, wenn sie also entweder die Grenzen einer nach § 433 Abs. 1 zulässigen Anweisung (§ 433 Anm. I a) überschreitet oder ohne Beibringung der Zustimmung des Empfängers (oben Anm. IV) sein Verfügungsrecht (§ 433 Anm. II) verletzt.

b. **Hinterlegungsbefugnis.** Vgl. § 373 Anm. XI—XIII. Vorherige gerichtliche Anordnung ist nicht erforderlich (D. 261). Ebensowenig vorherige Benachrichtigung außer der etwa nach Abs. 1 erforderlichen. Über das Erfordernis nachträglicher Benachrichtigung bestimmt Abs. 3. Über den zu vertretenden Sorgfaltsgrad vgl. unten zu e.

c. **Verkaufsbefugnis.**

1. *Besondere Voraussetzung* der Zulässigkeit eines Verkaufs ist außer den auch für die Zulässigkeit einer Hinterlegung notwendigen Voraussetzungen (oben zu a) ferner, daß

das Gut dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist. Hierüber vgl. § 373 Anm. XIV b 1. „Verderben" ist gleichbedeutend mit „Verderb" in §§ 373, 388, 391. — Außer im Fall des § 437 kann zulässig sein ein Verkauf zwecks Befriedigung wegen eines etwaigen Zurückbehaltungs- oder Pfandrechts. — Der § 437 läßt unberührt eine etwaige Pflicht zum Verkauf. Eine solche wird aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Frachtführers für den Fall abzuleiten sein (abweichend Lehmann Nr. 9), daß er den Absender nicht rechtzeitig in Kenntnis setzen kann.

2. Form des Verkaufs. Sie ist dieselbe wie die des Selbsthilfeverkaufs bei Annahmeverzug des Käufers (näheres § 373 Anm. XIV, XV, XVII) mit dem Unterschied (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. III; dagegen Lehmann Nr. 9), daß außer der in § 437 Abs. 1 vorgeschriebenen Benachrichtigung eine ausdrückliche Benachrichtigung von bevorstehender Versteigerung, wie § 373 Abs. 5 sie verlangt, nicht mehr erforderlich ist. Gerichtliche Anordnung ist nicht erforderlich (D. 261). — Zur Sorge für die Beweisbarkeit des Zustands des Guts vor Verkauf ist der Frachtführer nicht verpflichtet; doch ist sie in seinem eigenen Interesse geboten (ROH. 8 329; vgl. Anhang zu § 377 Anm. XII b 5).

d. **Benachrichtigung von Ausführung der Hinterlegung oder des Verkaufs.** Sie ist unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (BGB. § 121) zu bewirken, außer wenn sie untunlich (§ 373 Anm. XIV b 2). An wen sie zu richten, vgl. oben Anm. III. Verletzung der Benachrichtigungspflicht hat Schadensersatzpflicht sowohl gegenüber dem Absender, wie auch gegenüber dem Empfänger zur Folge. So kann z. B. der Absender Schadensersatz verlangen, wenn zwar er, aber nicht der Empfänger benachrichtigt, und hierdurch dem Absender Schaden erwachsen ist. Der Anspruch des Empfängers steht diesem aus eigenem Recht zu, auch wenn er eine Verfügungsberechtigung über das Gut noch nicht erlangt hatte.

e. **Vom Frachtführer zu vertretender Sorgfaltsgrad.** Der Frachtführer haftet bei Ausführung der Hinterlegung und des Verkaufs für jedes Verschulden (BGB. § 276, HGB. § 429, § 425 Anm. II e); ist jedoch der Gegner des Frachtführers in Annahmeverzug (oben Anm. I a, b), so haftet er diesem nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (BGB. §§ 300, 324 Abs. 2). Für Unterlassung der Benachrichtigung von Ausführung der Hinterlegung oder des Verkaufs (§ 437 Abs. 3) haftet er auch während Annahmeverzug des Gegners für geringe Fahrlässigkeit.

f. **Beweissicherungspflicht.** Hierüber vgl. § 425 Anm. II e 5.

VI. **Eisenbahnfrachtvertrag.** Maßgebend ist VerkO. § 70:

„(1) Ist der Empfänger des Guts nicht zu ermitteln, verweigert oder verzögert er die Annahme oder die Abnahme oder ergibt sich ein sonstiges Ablieferungshindernis, so hat die Empfangsstation den Absender durch Vermittelung der Versandstation von der Ursache des Hindernisses unverzüglich in Kenntnis zu setzen und dessen Anweisung einzuholen. In keinem Falle darf das Gut ohne ausdrückliches Einverständnis des Absenders zurückgesendet werden.

(2) Ist die Benachrichtigung des Absenders den Umständen nach nicht tunlich, oder ist der Absender mit der Erteilung der Anweisung säumig oder die Anweisung nicht ausführbar, so hat die Eisenbahn das Gut auf Gefahr und Kosten des Absenders auf Lager zu nehmen und dabei die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden. Sie ist jedoch nach ihrem Ermessen auch berechtigt, solche Güter unter Nachnahme der darauf haftenden Kosten und Auslagen bei einem öffentlichen Lagerhaus oder einem Speditör für Rechnung und Gefahr dessen, den es angeht, zu hinterlegen.

(3) Die Eisenbahn ist ferner befugt:

a. Güter der im ersten Absatz erwähnten Art, wenn sie dem schnellen Verderben ausgesetzt sind, oder wenn sie nach den örtlichen Verhältnissen weder eingelagert noch einem Speditör übergeben werden können, sofort,

b. Güter, welche weder vom Empfänger abgenommen noch vom Absender zurückgenommen werden, frühestens 4 Wochen nach Ablauf der lagerzinsfreien Zeit, falls aber deren Wert durch längere Lagerung oder durch die daraus entstehenden Kosten unverhältnismäßig vermindert würde, auch schon früher,

ohne weitere Förmlichkeit bestmöglich zu verkaufen. Von dem bevorstehenden Verkauf ist der Absender womöglich zu benachrichtigen, auch ist ihm der Erlös nach Abzug der Kosten zur Verfügung zu stellen.

(4) Von der Hinterlegung und dem vollzogenen Verkaufe des Guts ist der Absender und der Empfänger unverzüglich zu benachrichtigen, es sei denn, daß dies untunlich ist. Im Falle der Unterlassung ist die Eisenbahn zum Schadensersatze verpflichtet."

§ 438.

Ansprüche gegen Frachtführer.

Ist die Fracht nebst den sonst auf dem Gute haftenden Forderungen bezahlt und das Gut angenommen, so sind alle Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrag erloschen.

Diese Vorschrift findet keine Anwendung, soweit die Beschädigung oder Minderung des Gutes vor dessen Annahme durch amtlich bestellte Sachverständige festgestellt ist.

Wegen einer Beschädigung oder Minderung des Gutes, die bei der Annahme äußerlich nicht erkennbar ist, kann der Frachtführer auch nach der Annahme des Gutes und der Bezahlung der Fracht in Anspruch genommen werden, wenn der Mangel in der Zeit zwischen der Übernahme des Gutes durch den Frachtführer und der Ablieferung entstanden ist und die Feststellung des Mangels durch amtlich bestellte Sachverständige unverzüglich nach der Entdeckung und spätestens binnen einer Woche nach der Annahme beantragt wird. Ist dem Frachtführer der Mangel unverzüglich nach der Entdeckung und binnen der bezeichneten Frist angezeigt, so genügt es, wenn die Feststellung unverzüglich nach dem Zeitpunkte beantragt wird, bis zu welchem der Eingang einer Antwort des Frachtführers unter regelmäßigen Umständen erwartet werden darf.

Die Kosten einer von dem Empfangsberechtigten beantragten Feststellung sind von dem Frachtführer zu tragen, wenn ein Verlust oder eine Beschädigung ermittelt wird, für welche der Frachtführer Ersatz leisten muß.

Der Frachtführer kann sich auf diese Vorschriften nicht berufen, wenn er den Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat.

ADH. Art. 408 Abs. 1, 2. **Entw. I** § 412. **Entw. II** § 430.

I. **Voraussetzungen für das Erlöschen der Ansprüche (§ 438 Abs. 1 Vordersatz).** Diese Voraussetzungen sind, daß Fracht mit Nebenforderungen bezahlt und das Gut angenommen ist,

und daß die Ansprüche nicht gemäß Abs. 2, 3 erhalten sind. Bezahlung und Annahme sind vom Frachtführer, etwaige Erhaltung gemäß Abs. 2, 3 ist von seinem Gegner zu beweisen.

a. **Bezahlung der Fracht nebst den sonst auf dem Gut haftenden Forderungen.** Unter den „auf dem Gute haftenden Forderungen" sind nicht nur die in § 440 aufgeführten Auslagen einschließlich der in § 433 Abs. 1 Satz 2 erwähnten Mehrkosten, sondern auch etwaige vom Absender willkürlich auf das Gut gelegte Nachnahmen einbegriffen. Nur volle Bezahlung aller dieser Forderungen hat die in § 438 bestimmte Wirkung (vgl. RG. 25 32, Bolze 11 Nr. 364). Nur eine nach beendeter Beförderung erfolgte Bezahlung (ROH. 13 415, 15 33, RG. 22 147, Eger VerkO. § 90 Anm. 473). Doch genügt eine vor Annahme des Guts geschehene. Ferner ist zu beachten, daß unter Umständen die Annahme des Guts an einem anderen als dem ursprünglich bezeichneten Bestimmungsort die Bedeutung einer Veränderung des Bestimmungsorts haben kann, so daß auch in einem solchen Fall von beendeter Beförderung gesprochen werden kann (RG. 22 147). Auf Sendungen, die frei von Zahlung an den Empfänger auszuliefern sind, findet daher § 438 keine Anwendung (ROH. 13 415, RG. 25 32, Staub Anm. 6, Lehmann Nr. 3, Düringer-Hachenburg Anm. II 1a; dagegen Reindl in EisenbEntsch. 19 364). Dagegen auf Sendungen mit vorausbezahlter Fracht, auf denen aber andere Forderungen haften, die nach vollendeter Beförderung bezahlt werden (dagegen Staub Anm. 6), denn auch hierin liegt eine Nichterhebung von Ansprüchen trotz hierzu vorhandenen Anlasses. Nur eine Zahlung, die durch denjenigen oder auf dessen Anweisung erfolgt, der das Gut annimmt, hat die Wirkung des § 438; nicht etwa kann der Absender, indem er nach Annahme des Guts durch den Empfänger die auf dem Gut haftenden Forderungen bezahlt, dem Empfänger dessen Ansprüche gegen den Frachtführer nehmen. Unerheblich ist, ob der Zahlende diejenige Person, an welche er zahlte, ihrer rechtlichen Stellung nach für einen Speditör oder ob er sie für einen Frachtführer hielt (dagegen OLG. Marienwerder 11 III 92 ZHR 44 254); es kommt nur darauf an, ob in Wirklichkeit das Bezahlte „Fracht" oder „sonst auf dem Gute haftende Forderung" ist. — Der Zahlung gleich steht Hingabe an Zahlungsstatt, Umschaffung, z. B. durch Abgabe eines selbständigen Schuldversprechens, und Aufrechnungserklärung (RG. 25 32). Dagegen nicht ein Zahlungsversprechen (RG. 25 33), auch nicht, wenn es in Form einer nur zwecks Erfüllungs*versuchs* abgegebenen Wechselerklärung erfolgt (ebenso Lehmann Nr. 3, Düringer-Hachenburg Anm. II 1a; dagegen Staub Anm. 5). Nicht bereits die Einstellung in die Laufrechnung, sondern erst die Überschußfeststellung (§ 355 Anm. III g 2).

b. **Annahme des Guts.** Vgl. § 436 Anm. I a.

1. *Gutsannahme.* Der Annahme des Guts steht nicht die Annahme des Frachtbriefs gleich (Eger VerkO. § 90 Anm. 473). Ebenso nicht die Zahlung der Fracht seitens des Empfängers vor Annahme des Guts (Bolze 14 Nr. 403). Wird ein Teil des Guts angenommen, der übrige aber zurückgewiesen, so tritt die Wirkung des § 438 nur hinsichtlich des angenommenen Teils ein (OLG. Hamburg 27 IV 88 ZHR. 38 240).

2. *Vollverlust insbesondere.* Da Annahme des Guts unerläßlich, so ist § 438 Abs. 1—5 nicht auf Vollverlust anwendbar (ROH. 11 35, 15 144); Vollverlust ist aber bei mehreren auf einem Frachtbrief verzeichneten Stückgütern der Verlust eines einzelnen Stückguts (§ 414 Anm. I b 1). Eine Sonderbestimmung für den Eisenbahnfrachtvertrag enthält VerkO. § 90 Abs. 4.

3. *Teilverlust insbesondere.* Aus Abs. 2 und 3 geht hervor, daß die Regel des Abs. 1 auch eintreten soll, wenn bei Teilverlust (= Minderung, § 414 Anm. 1 b 2) der nicht verlorene Teil des Guts angenommen ist. So selbst dann, wenn im Einzelfall der Empfänger glaubte, daß bezüglich des nichtabgelieferten Teils nur Verspätung und nicht Verlust vorliege; denn Irrtum des Zahlenden ist unerheblich (unten Anm. I e). Zahlt er also voll nach Empfang nur eines Teils, so muß er, um den Anspruch gegen den Frachtführer zu wahren, durch Vereinbarung mit dem Frachtführer den Vorbehalt machen, daß in Ansehung des fehlenden Teils nur vorschußweise gezahlt werde (vgl. ROH. 15 142, VerkO. § 90 Abs. 4). — Über Ablieferung nur einzelner von mehreren auf einem Frachtbrief verzeichneten Stückgütern vgl. oben zu 2.

4. **Annehmender.** Nur eine Annahme durch denjenigen, dem der Frachtführer abzuliefern verpflichtet war, hat die Wirkung des § 438. Dies braucht nicht notwendig der im ursprünglichen Frachtbrief bezeichnete Empfänger zu sein; so z. B. wenn wegen Nichtauffindbarkeit des Empfängers das Gut an den Absender abzuliefern ist. Doch setzt § 438 einen noch bestehenden Frachtvertrag voraus (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II 1 b), ist daher nicht anwendbar, wenn nach Aufhebung des Frachtvertrags das zur Beförderung übernommene Gut an den Absender herausgegeben wird (RG. 22 146), oder wenn nach einem die Fortsetzung der Reise dauernd hindernden Unfall der Frachtführer auf Anweisung des Absenders das Gut auf Lager gibt (OLG. Hamburg 7 I 88 HGR. 38 240).

5. **Annahmepflicht.** Zur Annahme auch der beschädigten oder durch Teilverlust geminderten Sendung ist der Absender bezw. Empfänger dem Frachtführer verpflichtet (§ 430 Anm. III f); ebenso zur Abnahme der verspäteten Sendung. Jedoch nur nach vorheriger Feststellung der Beschädigung oder Minderung (§ 438 Abs. 2) und nur, wenn der Frachtführer den Abzug des Betrags der Schadensersatzforderung von den ihm zu zahlenden, auf dem Gut haftenden Beträgen zuläßt (Staub Anm. 3). Weigert der Frachtführer die Auslieferung gegen Zahlung abzüglich Schadensersatz, so wird er nach Ablauf der Lieferungszeit ferner schadensersatzpflichtig wegen Lieferungssäumnis.

c. **Beides,** Bezahlung und Annahme, muß geschehen sein, damit die Wirkung des § 438 eintritt (ROH. 13 415, 14 295, 15 143, RG. 22 146, Bolze 14 Nr. 403; ebenso Berner Vertrag Art. 44, VerkO. § 90; abweichend für Seerecht § 609, für Binnenschiffahrt BinnenSchG. 61, D. 261). In welcher Reihenfolge, ist unerheblich (Staub Anm. 6). Zwar kann auch in der Zahlung allein oder in der Annahme allein eine stillschweigende Billigung der Beförderungsleistung des Frachtführers und ein Verzicht auf Ansprüche gegen ihn liegen; doch ist in solchem Fall nur der Billigende und Verzichtende für seine Person gebunden, nicht tritt die weitergehende Wirkung des § 438 ein, daß auch die Ansprüche anderer Personen aus dem Frachtvertrag erlöschen (Staub Anm. 5).

d. **Vorbehalt.** Ein einseitiger Vorbehalt des Empfängers bei Annahme des Guts ist wirkungslos, während sowohl ein mit Zustimmung des Frachtführers gemachter Vorbehalt wie auch ein Anerkenntnis der gerügten Mängel seitens des Frachtführers zur Erhaltung der Ansprüche genügt (D. 262, P. 830, ROH. 1 181, 13 416, 15 34, OLG. Hamburg 22 XII 88, 20 IX 89 HGR. 38 239, 13 II 91 HGR. 40 543; vgl. Berner Vertrag Art. 44 Abs. 3 Satz 2, VerkO. § 90 Abs. 3 Satz 2). Eine für die Erhaltung der Ansprüche genügende Vereinbarung liegt auch vor, wenn die Vollzahlung auf die Erklärung des Frachtführers hin erfolgt, das Fehlende werde nachgeliefert werden, denn hierin liegt die Abrede, daß die Zahlung nur als vorschußweise geleistete gelten solle (ROH. 15 142). Ebenso, wenn vor einer als Abschlag auf mehrere Geschäfte geleisteten Zahlung der Zahlende erklärt, Ansprüche aus einem dieser Geschäfte geltend machen zu wollen, und der andere die Zahlung entgegennimmt, ohne dem Vorbehalt zu widersprechen (RG. 25 33).

e. **Willensmängel.** Irrtum des Zahlenden über die Tatsachen, wegen deren er zahlt (BGB. § 119 Abs. 2), z. B. darüber, daß rechtzeitig unbeschädigtes und ungemindertes Gut abgeliefert ist, und daß Ansprüche an den Frachtführer nicht bestehen, macht nicht die nach § 438 eintretende Wirkung anfechtbar (dagegen ROH. 8 195, 15 144); denn § 438 legt nicht entscheidendes Gewicht auf den Willen des Erklärenden, seine in der Bezahlung liegende Genehmigung (unten zu II a), sondern auf die äußere Tatsache der Zahlung. Mit einer allgemeinen Zulassung der Anfechtung wegen Irrtums wären die einschränkenden Bestimmungen des § 438 Abs. 3 nicht vereinbar, denn im Fall des Abs. 3 war der Annehmende fast stets im Irrtum. Dagegen ist eine Anfechtung wegen Irrtums in anderen Fällen möglich. So z. B., wenn der Empfänger die auf eine andere Sendung bezügliche Frachtrechnung zu bezahlen oder das mit einer anderen Sendung eingegangene Gut anzunehmen meinte (Düringer-Hachenburg Anm. II 2 b). Ebenso eine Anfechtung wegen Täuschung. Ist Anfechtung der Bezahlung oder der Annahme mit Recht erfolgt, so gilt die in § 438 bestimmte Wirkung als nicht eingetreten (BGB. § 142).

II. **Erlöschen aller Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrag (§ 438 Abs. 1 Nachsatz).**

a. **Erlöschen.** Der gesetzgeberische Grund für die Bestimmung des § 438 besteht darin, daß eine schnelle Erhebung etwaiger Ansprüche erzwungen werden soll. Das Gesetz begnügt sich daher nicht damit, an Annahme und Bezahlung die Wirkung einer Genehmigung (so ROH. 15 144, RG. 6 104, 22 147) nach Art einer Vermutung (RG. 25 32) zu knüpfen, die durch ausdrückliche Erklärung der Nichtgenehmigung entkräftbar wäre und nur gegen den Genehmigenden wirken würde, sondern bestimmt weitergehend volles Erlöschen derjenigen Ansprüche, die nicht gemäß § 438 Abs. 2, 3 oder durch Zurückweisung des Guts oder Nichtzahlung der auf dem Gut haftenden Beträge gewahrt sind. Dies Erlöschen wirkt gegen alle Beteiligten. Annahme und Zahlung durch den Empfänger bringt daher auch etwaige Ansprüche des Absenders zum Erlöschen. Über die Wirkungslosigkeit eines einseitigen Vorbehalts vgl. oben Anm. I b. Die Aufstellung der Regel, daß nur diejenige Annahme und Zahlung ein Erlöschen bewirke, die als Billigung aufgefaßt werden könne (so RG. 25 32), ist unvereinbar mit der Annahme (oben Anm. I d) einer Wirkungslosigkeit des einseitigen Vorbehalts.

b. **Alle Ansprüche aus dem Frachtvertrag** erlöschen (ROH. 15 34, vgl. BinnenSchG. §§ 61, 62; anders bei Seefracht § 609, RG. 46 7). So Ansprüche wegen Versäumung der Lieferfrist (für Eisenbahnfrachtvertrag vgl. jedoch VerkO. § 90 Abs. 2 Nr. 2), Teilverlust, Beschädigung, anderweiter (§ 425 Anm. III e) Sorgfaltsverletzung. Nicht auch wegen Vollverlusts (oben Anm. I b 2). Sowohl Ansprüche auf Schadensersatz und etwaige Vertragsstrafe, wie auch z. B. Ansprüche auf Erfüllung, Beseitigung eines Mangels der Beförderung, Rücktritt. Nur die Ansprüche aus dem Frachtvertrag (ROH. 15 34). Nicht dagegen Ansprüche aus unerlaubter Handlung (vgl. auch § 438 Abs. 5), aus ungerechtfertigter Bereicherung (z. B. auf Rückzahlung des irrig zu viel Gezahlten, § 470, VerkO. § 61 Abs. 4 Satz 4, RG. 6 104), aus dem nach Aufhebung des Frachtvertrags bestehenden Rechtsverhältnis (z. B. auf Rückgabe des empfangenen Guts in unbeschädigtem Zustand, oben Anm. I b 4), aus etwaigen neben dem Frachtvertrag oder in Erledigung desselben geschlossenen anderweiten Verträgen (z. B. selbständigen Verwahrungsverträgen, vgl. ROH. 24 307). Aus dem Wortlaut des § 438 folgt, daß bei Annahme und Zahlung durch den Empfänger auch die nicht aus dem Inhalt des Frachtbriefs begründbaren Ansprüche des Absenders aus dem Frachtvertrag erlöschen (so auch Lehmann Nr. 8, Düringer-Hachenburg Anm. II 2 a; dagegen RG. 1 3). Diese Folgerung ist allerdings mit anderen Vorschriften schwer zu vereinigen, denn nach Annahme des Guts mit Frachtbrief ist der Empfänger zur Zahlung nach Maßgabe des Frachtbriefs verpflichtet (§ 436), also gar nicht in der Lage, wegen etwaiger weitergehender Ansprüche aus dem Frachtvertrag die Zahlung abzulehnen und so diese Ansprüche aufrechtzuhalten; auch hat der Frachtführer in der Hand, durch Bestellung eines Unterfrachtführers mit neuem Frachtbrief, in dem er z. B. die verlorene Menge nicht mit angibt, dem Empfänger und den Sachverständigen die Möglichkeit einer Erkennung des eingetretenen Teilverlusts zu nehmen. Nichtsdestoweniger wird man jene Folgerung ziehen müssen, denn erstens ist der Empfänger nicht verpflichtet, den Frachtbrief anzunehmen und sich dadurch in die Rechtslage des § 436 zu setzen, und zweitens ist in dem von § 438 mitumfaßten Fall, daß kein Frachtbrief ausgestellt ist, der Empfänger ebensowenig in der Lage, ohne unmittelbare Mitteilung des Absenders zu erfahren, unter welchen Bedingungen der Frachtvertrag abgeschlossen ist. In dem erwähnten Fall, daß der Frachtführer den ursprünglichen Frachtbrief durch einen anderen mit abweichendem Inhalt ersetzt hat, wird überdies oft entweder § 438 Abs. 5 eingreifen oder doch Anfechtung wegen Täuschung oder Erhebung außervertraglicher Ansprüche wegen arglistiger Schadenszufügung (unten Anm. VI) möglich sein.

c. **Gegen den Frachtführer** bestehende Ansprüche erlöschen. Nicht z. B. auch Ansprüche gegen die Leute des Frachtführers, wenn sie dem Absender und Empfänger als Gesamtschuldner neben dem Frachtführer haften; denn sie haften nicht kraft Frachtvertrags. Der § 438 ist nicht entsprechend anwendbar auf Ansprüche gegen den Speditör (§ 407 Anm. VII). — Unberührt durch § 438 ist die Frage, ob etwa trotz Erlöschens der Ansprüche gegen den

Frachtführer der Empfänger Ansprüche gegen den Absender oder der Absender Ansprüche gegen den Empfänger geltend machen kann. Ersteres ist z. B. möglich, wenn der Absender Verkäufer und der Empfänger Käufer ist und ersterer durch mangelhafte Verpackung oder Wahl einer teuren Versendungsart die Beschädigung oder die hohen Versendungskosten verschuldet hat. Letzteres z. B., wenn der Empfänger im Verhältnis zum Absender verpflichtet war, die Rechte gegen den Frachtführer zu wahren (§ 379 Anm. IIa 1, § 388 Anm. Ic 1, § 407 Anm. IIIf, § 417 Anm. Ia, ROH. 6 107), dies aber unterläßt, trotzdem er hierzu imstande war. — Die Ansprüche des Frachtführers bleiben unberührt; er darf daher z. B. zu wenig erhobene Fracht nachfordern (ROH. 21 182).

III. **Feststellung von Beschädigung oder Minderung durch amtlich bestellte Sachverständige vor Gutsannahme (§ 438 Abs. 2.)** Das BinnenSchG. § 61 Abs. 2 stimmt hiermit überein, und auch Berner Vertrag Art. 44 Abs. 2 Nr. 3 steht im allgemeinen auf demselben Standpunkt (D. 262). Mit Berner Vertrag übereinstimmend VerkO. § 90 Abs. 2 Nr. 3.

a. **Feststellung.** Abweichend vom Fall des Abs. 3 (unten Anm. IVc 2) genügt zur Wahrung der Ansprüche gegen den Frachtführer nur die erfolgte Feststellung, nicht schon der Antrag auf Feststellung, wenn er vor Gutsannahme gestellt ist. Der Empfänger muß das Ergebnis der Untersuchung abwarten. Will er sich der Entscheidung der Sachverständigen nicht unterwerfen, so ist er hierzu zwar nicht verpflichtet, muß aber dann entweder die Annahme des Guts oder die volle Bezahlung ablehnen. Auch der Frachtführer ist an das Ergebnis der Feststellung nicht endgiltig gebunden. Endgültig hat in solchem Fall das Prozeßgericht zu entscheiden; von dessen Entscheidung hängt ab, ob Ansprüche gegen den Frachtführer bestehen, oder ob durch Ablehnung der Annahme und Zahlung ein Annahme- bezw. Leistungsverzug entstanden ist.

b. **Durch amtlich bestellte Sachverständige.** Hiermit sind nicht nur solche Sachverständige gemeint, die im Wege freiwilliger Gerichtsbarkeit (FGG. § 164) oder in einem gerichtlichen Verfahren zur Sicherung des Beweises (CPO. §§ 485 ff., HGB. § 377 Anm. VIIIc) besonders ernannt sind, sondern auch solche, die von der zuständigen Behörde oder von einem dazu ermächtigten Organ des Handelsstands ein für allemal bestellt sind (D. 262). Die Feststellung durch den einzigen hinzugezogenen Sachverständigen genügt (Staub Anm. 12).

c. **Beschädigung oder Minderung.** Beschädigung vgl. § 390 Anm. Ib. Minderung vgl. oben Anm. Ib, § 414 Anm. Ib 2, § 390 Anm. Ia. Über Vollverlust vgl. oben Anm. Ib. Bestehen andere Ansprüche als wegen Beschädigung oder Minderung, z. B. also Ansprüche wegen Versäumung der Lieferfrist oder wegen trotz Vereinbarung unterlassener Versicherung, so können diese Ansprüche nicht durch amtliche Feststellung vor Annahme aufrecht erhalten werden, erlöschen vielmehr durch Annahme und Zahlung trotz etwaiger Feststellung. Bestehen Ansprüche der letzteren Art, und erklärt sich der Frachtführer nicht damit einverstanden, daß sie vorbehalten sein sollen (oben Anm. Ib), so bleibt daher nichts übrig, als die gegen Vollzahlung verlangte Annahme abzulehnen. Nach Berner Vertrag Art. 44 Abs. 2 Nr. 2, VerkO. § 90 Abs. 2 Nr. 2 besteht zur Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen wegen Verspätung eine vierzehntägige Frist nach Annahme.

d. **Vor Gutsannahme** muß die Feststellung erfolgt sein. Dies kann sowohl bei äußerlich erkennbaren wie bei äußerlich nicht erkennbaren Beschädigungen oder Teilverlusten vorkommen; letzteres z. B., wenn bei Untersuchung auf äußerlich erkennbare auch äußerlich nicht erkennbare gefunden werden. Ist das Gut angenommen, aber Bezahlung noch nicht erfolgt, so kann auch wegen einer äußerlich erkennbaren Beschädigung oder Minderung noch ein Anspruch geltend gemacht werden, ohne daß die Vorschriften des Abs. 2 und 3 in Betracht kommen; denn dann liegen noch nicht die Voraussetzungen für die Regel des Abs. 1 vor.

e. **Verpflichtung des Frachtführers, Untersuchung vor Abnahme zu gestatten.** D. 262 bemerkt: „Eine gesetzliche Regelung der Frage, inwieweit der Frachtführer verpflichtet ist, dem Empfänger die Untersuchung des Guts vor der Abnahme zu gestatten, ist nicht angängig, aber auch nicht geboten. Im allgemeinen wird nach den Grundsätzen über Treu und Glauben davon auszugehen sein, daß dem Empfänger eine äußere den Geschäftsbetrieb des Frachtführers nicht störende Besichtigung erlaubt sein muß." Gestattet der Frachtführer

solche Besichtigung nicht, so hat er seine Ablieferungsleistung nicht so angeboten, wie sie zu bewirken ist und hat insbesondere die Folgen einer etwa hierdurch eintretenden Versäumnung der Lieferfrist zu tragen (vgl. VerkO. § 90 Abs. 3). Nimmt aber der Empfänger an, ohne auf Besichtigung zu bestehen, so kann er nicht (was Staub Anm. 4 annimmt) wegen ausgeübter Drohung die Wirkung der Annahme anfechten; in der Weigerung einer Gestattung der Besichtigung liegt allein noch keine Drohung. Doch kann eine derartige Drohung in einer hinzukommenden Erklärung liegen, z. B. in Androhung der Rücksendung oder der Versteigerung des Guts. — Für den Eisenbahnfrachtvertrag vgl. auch VerkO. § 72.

IV. **Entdeckung einer äußerlich nicht erkennbaren Beschädigung oder Minderung nach Gutsannahme (§ 438 Abs. 3).** Für den Eisenbahnfrachtvertrag vgl. § 464, Berner Vertrag Art. 44, VerkO. § 90.

a. **Äußerlich nicht bei Annahme erkennbare** Beschädigung oder Minderung. Über den Begriff der äußerlichen Erkennbarkeit vgl. § 388 Anm. I b 3. Maßgebend ist, ob „bei Annahme" erkennbar war, also unter den Umständen (Beleuchtung usw.), unter denen die betreffende Annahme stattgefunden hat (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. IV 1); doch darf der Empfänger die etwa von ihm verschuldete Nichterkennbarkeit nicht geltend machen (BGB. § 249 Satz 1), z. B. wenn sie auf mangelhafter Beleuchtung in seinem Geschäftsraum beruht, in dem die Annahme erfolgt.

b. **Beschädigung oder Minderung.** Vgl. oben Anm. III c. Sie sind in Abs. 3 unter der Bezeichnung „Mangel" zusammengefaßt; der Begriff des „Mangels" ist hier ein anderer als der sonst mit diesem Wort verbundene (§ 377 Anm. IV, § 388 Anm. I b 2). Auch eine Minderung ist oft nicht äußerlich erkennbar. Unter Umständen z. B. bei losem Getreide (vgl. D. 263), wenn nämlich bei der betreffenden Beförderungsart verkehrsüblich ein Wiegen erst nach der Annahme zu erfolgen hat.

c. **Voraussetzungen für Zulässigkeit der Inanspruchnahme des Frachtführers.**

1. Nachweis des Entstehens der Beschädigung oder Minderung zwischen Übernahme des Guts durch den Frachtführer und Ablieferung. Diesen Nachweis hat der Annehmende zu erbringen. Doch wird, wenn der Absender einen Frachbrief ausgestellt hat, genügen, daß der Annehmende beweist, daß die Beschädigung oder Minderung vor Ablieferung vorhanden war und daß der Inhalt des Frachtbriefs ihr Nichtvorhandensein bei Übernahme des Guts durch den Frachtführer ergibt. Dem Frachtführer liegt dann der Gegenbeweis (§ 426 Anm. I b 3) gegen die Richtigkeit der Angaben des Frachtbriefs ob. Denn durch die Annahme des Guts soll der dem Frachtführer obliegende Beweis zwar nicht erschwert werden, es liegt aber kein Grund vor, ihn gegen früher zu erleichtern.

2. Binnen bestimmter Frist zu stellender Antrag auf Feststellung durch amtlich bestellte Sachverständige. Im Abs. 3 ist unter amtlich bestellten Sachverständigen dasselbe wie im Abs. 2 (oben Anm. III b) gemeint. Auch im Fall des Abs. 3 bedarf es daher nicht notwendig eines gerichtlichen Verfahrens (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. IV 3; dagegen Lehmann Nr. 12). Der Antrag ist zu stellen binnen einer Woche (ebenso BinnenSchG. § 61 Abs. 2, Berner Vertrag Art. 44 Abs. 2 Nr. 4, VerkO. § 90 Abs. 2 Nr. 4) nach Annahme und (vgl. § 377 Anm. VI c 2) unverzüglich (= ohne schuldhaftes Zögern, BGB. § 121) nach der Entdeckung; bei baldiger Entdeckung ist daher auch ein innerhalb einer Woche nach Annahme gestellter Antrag unter Umständen verspätet. Für die Berechnung der Frist ist BGB. § 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 193 maßgebend. Nach § 438 Abs. 3 Satz 2 genügt auch statt des Antrags auf Feststellung eine binnen derselben Fristen erstattete Anzeige an den Frachtführer, wenn demnächst, falls keine zustimmende Antwort des Frachtführers eingeht, der Antrag auf Feststellung unverzüglich nach dem Zeitpunkt gestellt wird, bis zu welchem der Eingang einer Antwort des Frachtführers unter regelmäßigen Umständen erwartet werden durfte. Diese Vorschrift ist im Interesse auch des Frachtführers gegeben, mit Rücksicht darauf, daß wenn der Empfänger sich zunächst an den Frachtführer wendet, häufig eine Verständigung unter den Parteien erzielt werden wird, bevor weitere Kosten entstehen (D. 263). Über den

erforderlichen Inhalt der Anzeige vgl. § 377 Anm. VIa 1. Nach dem **Wortlaut** des Abs. 3 genügt für die Wahrung der Ansprüche der Antrag (vgl. auch KB. 124); hiernach würden etwaige Ansprüche selbst dann aufrechterhalten bleiben, wenn die infolge des Antrags bestellten Sachverständigen sie nicht als begründet anerkennen. Dies ist in der Tat als gewollt anzunehmen (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. IV); denn auch im Fall des Abs. 2 ist die Entscheidung der Sachverständigen keine endgültige (oben Anm. IIIa), im Fall des Abs. 3 fehlt aber die im Fall des Abs. 2 noch offene Möglichkeit der Zurückweisung des Guts oder Weigerung der Bezahlung. Dagegen wird anzunehmen sein, daß der Annehmende wenigstens das Seinige tun muß, um die vorläufige Feststellung der Sachverständigen jedenfalls herbeizuführen. Ist daher der zuerst gestellte Antrag erfolglos, so muß er bei Verlust seines Rechts unverzüglich die weiteren geeigneten Anträge stellen (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. IV).

d. **Nach Gutsannahme.** Auch Bezahlung muß bereits erfolgt sein. Sonst greift nicht die Regel des Abs. 1 ein, alle Ansprüche können daher noch unbeschränkt geltend gemacht werden.

V. **Kosten der Feststellung (§ 438 Abs. 4).** Die Vorschrift ist in Anlehnung an § 610, BinnenSchG. § 61 Abs. 3 aufgenommen (D. 263). Nach außen hin, gegenüber dem Gericht und den Sachverständigen, hat der Antragsteller die Kosten zu tragen. Der § 438 Abs. 4 bestimmt darüber, in welchem Fall der Antragsteller Rückgriff nehmen kann. Die Sachverständigen können nur die Tatsache der Beschädigung oder Minderung feststellen, nicht aber, ob der Frachtführer wegen des Vorliegens dieser Tatsache ersatzpflichtig ist. Schon aus diesem Grund ist nicht das Ergebnis der Feststellung maßgebend für die Kostentragungspflicht. Aber auch die Feststellung der Tatsache brauchen die Parteien nicht als endgültige gelten zu lassen (oben Anm. IIIa, IVc 2). Auch für die Kostentragungspflicht ist daher schließlich die Entscheidung des Prozeßgerichts über die Hauptsache maßgebend. — „Empfangsberechtigter" vgl. § 426 Anm. IIIb 3. Unter „Verlust" ist in Abs. 4 — abweichend von Abs. 1—3 (oben Anm. Ib 2) — auch der Fall des Vollverlusts mitumfaßt; so z. B., wenn bei Untersuchung des Mindergewichts der vom Frachtführer gestellten Gefäße sich ergibt, daß sie ganz leer sind.

VI. **Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Frachtführers (§ 438 Abs. 5).** Vgl. § 430 Anm. IVa. Ähnlich Berner Vertrag Art. 44 Abs. 2 Nr. 1, VerkO. § 90 Abs. 2 Nr. 1 (D. 263). Darauf, daß der Schaden so herbeigeführt ist, kommt es an. Hat der Frachtführer das Bestehen von Ansprüchen arglistig verschwiegen (vgl. § 377 Anm. VIIb), so ist zwar Abs. 5 nicht anwendbar; doch wird hierin in der Regel eine Täuschung (BGB. § 123) liegen, welche genügt (oben Anm. Ie), um die Willenserklärungen anzufechten, die das Eintreten der Wirkung des Abs. 1 an sich zur Folge haben. Auch ist in arglistiger Verleitung zu Handlungen, durch welche Vertragsrechte aufgegeben werden, eine außervertragliche Schadenszufügung zu erblicken, der § 438 steht aber der Erhebung einer auf diese außervertragliche Schadenszufügung gestützten Ersatzklage nicht entgegen.

VII. **Eisenbahnfrachtvertrag.** Vgl. zu § 464.

§ 439.

Verjährung.

Auf die Verjährung der Ansprüche gegen den Frachtführer wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes finden die Vorschriften des § 414 entsprechende Anwendung. Dies gilt nicht für die im § 432 Abs. 3 bezeichneten Ansprüche.

ADH. Art. 408 Abs. 3. **Entw. I** § 413. **Entw. II** § 431.

I. **Ansprüche gegen den Frachtführer wegen Verlusts, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Guts.** Vgl. § 414 Anm. I. Als Anspruchsberechtigter können sowohl der Absender wie der Empfänger und deren Rechtsnachfolger in Betracht kommen. Auch der Hauptfrachtführer gegenüber seinem Unterfrachtführer mit neuem Frachtbrief oder gegenüber dem von ihm in eigenem Namen bestellten Zwischenfrachtführer, da in diesen Fällen der Hauptfrachtführer

im Verhältnis zum Unter- bzw. Zwischenfrachtführer der Absender ist (§ 432 Anm. Ia). Die Rückgriffs- und Ausgleichungsansprüche der mehreren Samtfrachtführer (§ 432 Anm. IV) sind, wie § 439 Satz 2 zur Vermeidung von Zweifeln (D. 263) hervorhebt, nicht der kurzen Verjährung des § 414 unterworfen. — Über Verjährung der Ansprüche des Frachtführers vgl. § 436 Anm. IVc.

II. **Verjährung der Angriffs- und Erlöschen der Verteidigungsrechte der Anspruchsberechtigten.** Vgl. § 414 Anm. II, III. Besonderheiten für den Eisenbahnfrachtvertrag enthalten §§ 470, 471. Nach BinnenSchG. §§ 117 Nr. 7, 118 verjähren Forderungen aus dem Verschulden einer Person der Binnenschiffsbesatzung mit dem Ablauf eines Jahrs nach dem Schluß des Jahrs, in welchem die Forderung fällig geworden ist; indessen gilt diese Bestimmung des Binnenschiffahrts-Gesetzes nicht auch für die in HGB. § 439 erwähnten Ansprüche gegen den Frachtführer, da insoweit lediglich der auf HGB. § 439 verweisende § 26 BinnenSchG. maßgebend ist (OLG. Hamburg 15 II 01 HansGZ. 122, RG. 49 94).

III. **Vorsätzliche Herbeiführung von Verlust, Minderung, Beschädigung oder Verspätung.** Vgl. § 414 Anm. IV. Der Frachtführer haftet für Vorsatz seiner Leute und anderer Personen, deren er sich bei Ausführung der Beförderung bedient, wie für eigenen Vorsatz (§ 431); auch deren Vorsatz schließt daher die kurze Verjährung aus (§ 431 Anm. IV, RG. 7 129). Umgekehrt auch sein Vorsatz, wenn der Handelnde den Erfolg nicht beabsichtigte (RG. 7 129).

§ 440.

Pfandrecht.

Der Frachtführer hat wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen, insbesondere der Fracht- und Liegegelder, der Zollgelder und anderer Auslagen, sowie wegen der auf das Gut geleisteten Vorschüsse ein Pfandrecht an dem Gute.

Das Pfandrecht besteht, solange der Frachtführer das Gut noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann.

Auch nach der Ablieferung dauert das Pfandrecht fort, sofern der Frachtführer es binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht und das Gut noch im Besitze des Empfängers ist.

Die im § 1234 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichnete Androhung des Pfandverkaufs sowie die in den §§ 1237, 1241 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehenen Benachrichtigungen sind an den Empfänger zu richten. Ist dieser nicht zu ermitteln oder verweigert er die Annahme des Gutes, so hat die Androhung und Benachrichtigung gegenüber dem Absender zu erfolgen.

ADH. Art. 409. **Entw. I** § 414. **Entw. II** § 432.

I. **Voraussetzungen des Pfandrechts.**

a. **Gut.** Vgl. § 388 Anm. Ia 1, § 397 Anm. Ia, § 407 Anm. IIh, § 425 Anm. IIf. Über den Einfluß dinglicher Rechte Dritter am Gut vgl. § 397 Anm. Ia 3.

b. **Entweder Besitz des Frachtführers (§ 440 Abs. 2) oder gerichtliche Geltendmachung binnen drei Tagen nach Ablieferung, wenn das Gut noch im Besitz des Empfängers** (§ 440 Abs. 3).

1. Besitz. Über den Fall, daß der Frachtführer noch im Besitz ist, vgl. § 369 Anm. IVe. Der Frachtführerbesitz entsteht, sobald Besitz und Frachtvertrag gleichzeitig vorliegen (vgl. § 409

Anm. Ia 1); möglicherweise daher schon vor Antritt der Reise (Eger Frachtr. 2 640). Er dauert fort auch nach Aushändigung des Guts an den nachfolgenden Frachtführer, denn in Ansehung des Pfandbesitzes des nichtbefriedigten Vormanns ist zwar der Nachmann unmittelbarer, der Vormann aber bleibt mittelbarer Besitzer (ebenso Lehmann Nr. 5, Staub § 441 Anm. 4). Der Frachtführer steht zunächst zum Absender im Verhältnis eines unmittelbaren Besitzers zum mittelbaren. Ebenso, wenn ein Ladeschein ausgestellt ist, zum Ladescheinberechtigten (ROH. 25 356, RG. 5 80, 9 428), sobald ein Ladescheinberechtigter vorhanden ist, d. h. sobald Berechtigung zur Ausübung des verbrieften Rechts und Ausweis dieser Berechtigung durch den Inhalt des Scheins in derselben Person zusammentreffen. Ist z. B. dem Absender ein auf den Namen eines Dritten lautender Ladeschein ausgehändigt, so besitzt der Frachtführer noch für den Absender, bis jener Dritte das verbriefte Recht in einer dem Frachtführer gegenüber wirksamen Weise erwirbt, in der Regel also bis der Absender jenem Dritten den Ladeschein aushändigt (RG. 13 120, 28 43). Über die Frage, seit welchem Zeitpunkt der Frachtführer für den Empfänger bei ladescheinlosem Frachtvertrag besitzt, vgl. § 433 Anm. IIb.

2. Gerichtliche Geltendmachung des Pfandrechts binnen drei Tagen nach Ablieferung, wenn das Gut noch im Besitz des Empfängers. Im zwischenstaatlichen Eisenbahnfrachtverkehr besteht in diesem Fall kein Pfandrecht (Berner Vertrag Art. 21). Nicht etwa bleibt durch die Erhaltung des Pfandrechts der Frachtführer auch Besitzer (dagegen Lehmann Nr. 7, indem er BGB. § 1231 anführt). Er ist vielmehr in der Lage eines Pfandgläubigers, der den Besitz verloren hat.

   α. Binnen drei Tagen nach Ablieferung. Während dieser drei Tage dauert das Pfandrecht auch ohne gerichtliche Geltendmachung fort, wenn eine Pfandforderung besteht, und solange der Empfänger Besitz behält. Dies ist in § 440 zwar nirgends ausdrücklich gesagt, aber in Abs. 3 vorausgesetzt. Der Abs. 3 bestimmt ausdrücklich nur darüber, wie eine Fortdauer über jenen dreitägigen Zeitraum hinaus bewirkt werden kann. Für die Berechnung der dreitägigen Frist ist BGB. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 1, 193 maßgebend.

   β. Nach Ablieferung. Ablieferung vgl. § 377 Anm. IIIa, § 414 Anm. IIa 1, § 429 Anm. Ia 3γ. Zweifelhaft ist, ob, wenn in Teilen abgeliefert wird, die drei Tage seit der Ablieferung des betreffenden Teils, oder ob sie seit der Ablieferung des letzten Teils zu rechnen sind. Die zu § 377 ergangene Rechtsprechung (§ 377 Anm. Vb 5) kann nicht herangezogen werden, da es hier nicht darauf ankommt, ob im Verhältnis des Absenders zum Empfänger, sondern nur darauf, ob im Verhältnis des Frachtführers zum Empfänger Teilbarkeit vorliegt. Vielmehr werden diejenigen Regeln (§ 433 Anm. Ic 2) entsprechend anzuwenden sein, die darüber entscheiden, wann bei teilweiser Ankunft des Guts am Bestimmungsort der Empfänger das Verfügungsrecht erwirbt. Hiernach würde die dreitägige Frist mit der Ablieferung jedes Teils beginnen und für diesen Teil besonders laufen (dagegen KG. 12 II 94 KGJ. 14 8, 30 I 01 KGBl. 30), gleichgültig ob die mehreren Teile wirtschaftlich zusammengehörig und ob sie auf demselben Frachtbrief verzeichnet sind oder nicht. Tatfrage aber ist, ob im Einzelfall in dem Abstellen der ersten Teile im Geschäftsraum des Empfängers nur eine vorläufige Maßregel oder bereits die beendete Ablieferung, d. h. der hinzukommende Erwerb von Eigenbesitz durch den Empfänger (§ 377 Anm. IIIa 2), liegt (vgl. 436 Anm. Ia). Ersteres wird als im Zweifel gewollt anzusehen sein, wenn die Ablieferungsarbeiten während mehrerer Tage ununterbrochen fortgesetzt werden. — Hört der Besitz des Frachtführers in anderer Weise als durch Ablieferung auf, so findet § 440 Abs. 3 nicht Anwendung, sondern nach den allgemeinen Vorschriften des BGB. richtet sich, ob und wie lange das Pfandrecht den Besitzverlust überdauert.

   γ. Gerichtliche Geltendmachung des Pfandrechts. Die Befriedigung aus den Pfandsachen kann sowohl auf Grund eines vollstreckbaren Titels über die Forderung und nachfolgende Pfändung der Pfandsachen (vgl. § 371 Anm. IIIa) wie auch auf Grund eines vollstreckbaren Titels über das Recht zum Verkauf (BGB. § 1233 Abs. 2)

wie auch ohne vollstreckbaren Titel und ohne gerichtliche Geltendmachung (BGB. § 1233 Abs. 1) erfolgen. Der § 440 Abs. 3 hat nicht die Bedeutung, daß für den Fall bereits geschehener Ablieferung der letztere Weg ausgeschlossen werden sollte. Er ist vielmehr dahin zu verstehen, daß binnen der dreitägigen Frist irgend eine Folgerung aus dem bestehenden Pfandrecht gerichtlich geltend gemacht werden muß. Genügend ist daher sowohl eine Geltendmachung des Rechts zum Besitz wie auch eine Geltendmachung des Rechts auf Befriedigung. So z. B. eine Klage auf Rückgabe des Frachtguts oder auf Feststellung des Rechts zum Pfandverkauf. Nicht auch eine nur auf Zahlung der Forderung gerichtete; denn hierin liegt keine Geltendmachung des Pfandrechts. Gleichgültig ist, in welcher Form die gerichtliche Geltendmachung erfolgt, wenn nur die Art der Geltendmachung an sich geeignet ist, einen gerichtlichen Schutz des Pfandrechts herbeizuführen; genügend ist daher Antrag auf einstweilige Verfügung, Arrestantrag, Einreichung einer Klage (KG. 30 I 01 KGBl. 30). Der Antrag auf einstweilige Verfügung braucht binnen der dreitägigen Frist beim Gericht nur eingereicht zu sein; die Zustellung des gerichtlichen Beschlusses braucht nicht schon innerhalb jener Frist zu erfolgen (KG. 30 I 01 KGBl. 30). Auch bei der Klage ist die Einreichung für genügend zu erachten; daß Zustellung der Klage bereits binnen der dreitägigen Frist erfolgt, erscheint nicht erforderlich (zust. Düringer-Hachenburg Anm. III 2b und ihm folgend Goldmann Nr. 7; dagegen Staub Anm. 7, KG. 30 I 01 KGBl. 30). Denn es liegt kein Grund vor, den Frachtführer, wenn er das regelmäßige Mittel der Klage anwendet, schlechter zu stellen, als wenn er zu dem außerordentlichen Mittel der einstweiligen Verfügung greift, und sachlich kommt es nur darauf an, daß durch Stellung eines Antrags bei Gericht der Wille des Frachtführers, sein Pfandrecht aufrechtzuhalten, zu klarem Ausdruck kommt; daß der Empfänger hiervon sofort Kenntnis erhält, ist nicht notwendig. Setzt aber der Frachtführer das Verfahren nicht ohne Verzug bis zur Zustellung fort, so wird hierin ein Verzicht auf das Pfandrecht erblickt werden können. Nicht notwendig ist, daß der bei Gericht gestellte Antrag sich gegen den Empfänger richtet; genügend ist z. B. auch die gerichtliche Geltendmachung gegen den Störer (BGB. §§ 1004, 1227, 1257), gegen den Grundstücksbesitzer, auf dessen Grundstück die Sache gelangt ist (BGB. §§ 1005, 1227, 1257) oder gegen den dritten Pfändenden (CPO. § 805).

δ. Fortdauerder Besitz des Empfängers. Die in § 440 Abs. 3 hervorgehobene Bedingung für die Aufrechthaltung des Pfandrechts: „und das Gut noch im Besitze des Empfängers ist“ ist nicht so gemeint, daß mit dem Aufhören des Besitzes des Empfängers jedesmal auch das Pfandrecht des Frachtführers erlöschen solle, sowohl, wenn jener Besitzverlust vor der gerichtlichen Geltendmachung, wie auch, wenn er nachher erfolgt. Vielmehr ist die Bestimmung so zu verstehen, daß zwar während der Zeit vor gerichtlicher Geltendmachung das Pfandrecht des Frachtführers erlösche, sobald der Empfänger den Besitz verliere — gleichgültig, ob ohne Rechtserwerb eines Dritten oder auf Grund des Rechtserwerbs eines Dritten; auch wenn der Dritte Kenntnis vom Pfandrecht des Frachtführers hat (Schott bei Endemann 3 385, CosackHR. § 91 II 1, Staub Anm. 6; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II 4, III 2 c), daß aber, wenn im Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung der Besitz des Empfängers noch ohne Unterbrechung („noch“) vorhanden sei, das Pfandrecht bestehen bleibe, selbst wenn dieser Besitz künftig untergehe (ebenso Lehmann Nr. 8 und wohl auch Staub Anm. 6). Zu der obigen Annahme, daß vor gerichtlicher Geltendmachung Besitzübergang sogar an einen bösgläubigen Erwerber das Pfandrecht des Frachtführers zum Erlöschen bringe, wird man (trotzdem kein sachlicher Grund dafür erkennbar, daß der Frachtführer während der Schwebezeit schlechter als später stehe) genötigt, weil, wenn die Worte „und das Gut noch im Besitze des Empfängers ist“ nicht eine Abweichung von den Vorschriften über Rechtserwerb durch Bösgläubige enthalten sollen, keine mögliche Bedeutung für sie übrig bleiben würde. In allen übrigen Beziehungen läßt jedoch § 440 Abs. 3 die allgemeinen Vorschriften über Rechtserwerb vom Nichtberechtigten (§ 366 Anm. IV) unberührt. An sich nicht nur für die Zeit nach gerichtlicher Geltendmachung, sondern auch

für die frühere Zeit; doch ist zweifelhaft, ob ein Fall denkbar ist, in dem für die frühere Zeit diese Frage erheblich wird, da bei Eigentumsübertragung das ältere belastende Recht nicht vor Besitzentäußerung seitens des veräußernden Empfängers untergeht (BGB. § 936), bei nichtgesetzlichen belastenden Rechten ein Besitz des Empfängers neben dem Recht eines dritten Erwerbers nicht fortdauern kann (vgl. BGB. §§ 1032, 1205), bei gesetzlichen aber selbst der gutgläubige Erwerber ohnedies nicht den Eigner eines älteren belastenden Rechts verdrängt (§ 366 Anm. IIc 2). Für die Zeit nach gerichtlicher Geltendmachung behält einerseits der Frachtführer sein Pfandrecht gegenüber den nach jener Geltendmachung bösgläubig Erwerbenden; andererseits findet bei Erwerb von Eigentum oder belastenden Rechten durch Gutgläubige ein Erlöschen bezw. Zurücktreten des Pfandrechts des Frachtführers gemäß den allgemeinen Vorschriften statt. — Kein Besitz des Empfängers entsteht, das Pfandrecht erlischt daher mit der Ablieferung, wenn der Frachtführer auf Anweisung des Empfängers unmittelbar an einen Dritten abliefert, der Eigenbesitz und nicht Fremdbesitz für den Empfänger erwerben will (KG. 30 I 01 KGBl. 30).

c. **Forderung.**

1. Alle durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen. Auch die nicht aus einem etwa ausgestellten Frachtbrief herzuleitenden (D. 260, Str. 71 45), außer (§ 432 Abs. 2) wenn der fordernde Frachtführer mit durchgehendem Frachtbrief befördert. Nicht notwendig ist, daß gegen den Empfänger die Forderung besteht (vgl. jedoch unten zu III); so z. B. (vgl. § 436) solange dieser noch nicht Gut und Frachtbrief angenommen hat, oder wenn dies zwar geschehen, die Forderung aber nicht mit dem Inhalt des Frachtbriefs vereinbar ist. Sie kann gegen den Absender bestehen. Als solcher kommt gegenüber einem vom Vorfrachtführer in eigenem Namen bestellten Nachfrachtführer ohne durchgehenden Frachtbrief jener Vorfrachtführer in Betracht (§ 432 Anm. Ia). Das Pfandrecht besteht in ähnlichem Umfang wie beim Speditör; in weiterem Umfang als beim Lagerhalter, da auch wegen Vorschüsse; in geringerem Umfang als beim Kommissionär, da nur wegen der aus dem betreffenden Frachtvertrag hergeleiteten Ansprüche, nicht auch wegen Forderungen aus laufender Rechnung.
2. Fracht und Liegegelder. Vgl. 410 Anm. Ic 1, § 426 Anm. IIIb 7.
3. Auslagen insbesondere. Vgl. § 396 Anm. IIc 1. Als Beispiel sind Zollgelder genannt. Das WarenstatistikG. 20 VII 79 (RGBl. 261) § 18 dehnt das Pfandrecht auf die Ansprüche aus, die dem Warenführer aus der Erfüllung der ihm nach jenem Gesetz obliegenden Verpflichtungen oder aus der Vertretung des Absenders erwachsen. Auch die durch nachträgliche Anweisung des Absenders verursachten Mehrkosten (§ 433 Abs. 1 Satz 2) können in Betracht kommen. Über Auslagen an den Vormann unten zu 5.
4. Auf das Gut geleistete Vorschüsse insbesondere. Vgl. § 396 Anm. IIc 5, § 410 Anm. Ic 4.
5. Nachnahmen insbesondere. Unterschieden werden Spesennachnahme und Wertnachnahme, je nachdem die nachzunehmenden Beträge erst anläßlich der Beförderung entstandene Forderungen sind oder ob aus anderem Grund die Auslieferung des Guts abhängig von ihrer Zahlung gemacht ist (vgl. OTr. 76 65). Alle dem Vormann gezahlten Beträge sind Auslagen oder Vorschüsse und gewähren als solche eine Forderung und ein Pfandrecht. Ob sie eine Forderung nur gegenüber jenem Vormann auf Rückerstattung oder auch gegenüber dem Empfänger gewähren, ist für das Entstehen des Pfandrechts gleichgültig (oben zu 1). Daher besteht das Pfandrecht selbst dann, wenn der Vormann zu viel erhoben hat (ROH. 20 190, 24 288). Beförderte jedoch der Frachtführer mit durchgehendem Frachtbrief, so besteht keine Forderung und kein Pfandrecht insoweit, wie die Höhe der dem Vormann gezahlten Beträge weder mit dem Inhalt des Frachtbriefs (§ 432 Abs. 2) noch mit dem Inhalt des Frachtvertrags (§ 441 Abs. 2) vereinbar ist. Unerheblich für das Bestehen eines Pfandrechts ist, daß, insoweit der Vormann eine begründete Forderung gegen den Empfänger hatte, der Nachmann die Forderung und das Pfandrecht (§ 441 Abs. 2) nur als abgeleitete erwirbt (§ 411 Anm. IIIb). Denn insoweit die Forderung des

Vormanns sich als **nicht** begründet ergibt, hat der Nachmann zwar keine Forderung gegen den Empfänger (dagegen CosackHR. § 96 I 2 a, wenn — was wohl nicht vorkommen kann — BGB. §§ 670, 675 im Einzelfall anwendbar), aber nach Obigem dennoch das gegenüber jedem Dritten, also auch gegenüber dem Empfänger, ausübbare Pfandrecht (§ 440) wegen der Forderung an den Vormann. — Wegen der vom Nachfrachtführer **nicht** bezahlten Forderungen der Vorfrachtführer hat der Nachfrachtführer keine eigene Forderung und kein eigenes Pfandrecht, dagegen Recht und Pflicht zur Einziehung der Forderungen und Ausübung des Pfandrechts jener Vormänner (§§ 441, 442). — Wegen der vom Absender auf das Gut gelegten und vom Frachtführer nicht verauslagten Nachnahme hat der Frachtführer zunächst weder Forderung noch Pfandrecht (ROH. **15** 201; abweichend Staub Anm. 1). Doch hat er die Verpflichtung, sie einzuziehen (§ 441), und er erhält wegen derselben eine eigene Forderung mit Pfandrecht, sobald ihm gegenüber der Empfänger zu deren Zahlung verpflichtet wird, in der Regel also durch Annahme des Guts und des die Nachnahme ergebenden Frachtbriefs durch den Empfänger.

II. **Wirkung des Pfandrechts.** Vgl. § 397 Anm. II. Das Pfandrecht des Frachtführers gibt im Konkurs ein Absonderungsrecht (KO. § 49 Nr. 2, D. 264). Das Pfandrecht hat im Konkurs (KO. § 49 Abs. 2) und außerhalb des Konkurses (G. 17 V 98, RGBl. 249, Art. III) Rang nach dem Pfandrecht der Reichskasse, der Staatskassen und der Gemeinden sowie der Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen. Die allgemeinen Vorschriften des BGB. über den Pfandverkauf finden Anwendung. Doch beträgt die Wartefrist nach Androhung des Pfandverkaufs nur eine Woche, selbst wenn nur auf seite des Frachtführers der Frachtvertrag Handelsgeschäft ist (§ 368 Abs. 2). Auch sind nach § 440 Abs. 4 die Androhung von bevorstehendem Pfandverkauf (BGB. § 1234 Abs. 1) und die Benachrichtigungen von bevorstehender Versteigerung (BGB. § 1237) und von vollzogenem Pfandverkauf (BGB. § 1241) — sämtlich, wenn tunlich, erforderlich — statt an den Eigentümer in der Regel an den Empfänger, und im Fall der Nichtermittlung desselben oder der Annahmeverweigerung an den Absender zu richten. Die in BGB. § 1237 vorgeschriebene Benachrichtigung von Dritten, denen Rechte an dem Pfand zustehen, erscheint nach dem Wortlaut des § 440 Abs. 4 nicht erforderlich; daß dies gleichfalls beabsichtigt, geht allerdings aus der Denkschrift nicht hervor. Aus D. 264: „Das Pfandrecht . . . wird . . . meist am Ablieferungsorte ausgeübt, und es erscheint daher als das Naturgemäße, daß bei dem Pfandverkauf in erster Linie der Empfänger als Gegenpartei des Frachtführers behandelt wird" ist zu schließen, daß als Regel der Empfänger selbst dann zu benachrichtigen ist, wenn der Pfandverkauf vor Ankunft des Guts am Ablieferungsort stattfindet und wenn der Empfänger noch kein Verfügungsrecht (sondern nur ein Sicherungsrecht, § 434) erlangt hat. „Wird der Frachtführer von dem Absender angewiesen, das Gut zurückzugeben, so hat die Androhung und Benachrichtigung selbstverständlich an den Absender zu geschehen, da dieser infolge der gedachten Anweisung zugleich als der Empfänger zu betrachten ist. Dasselbe muß auch dann gelten, wenn die Anweisung erteilt ist, das Gut anzuhalten, und der Absender es unterläßt, einen anderen Empfänger zu bezeichnen" (D. 264; vgl. § 433 Anm. I a). — Das Pfandrecht hat auch die Wirkung, daß der Frachtführer nicht auszuliefern braucht, wenn ihm nicht in verkehrsüblicher Weise Sicherheit für die bei Beendigung der Auslieferung zu bewirkende Zahlung geleistet wird (KG. 22 IX 90 KGBl. **91** 29).

III. **Abweichende Vereinbarungen.** Vgl. § 397 Anm. III. Hat der Empfänger das ausschließliche Verfügungsrecht erlangt (§ 433 Abs. 2), so kann nur dieser eine wirksame Vereinbarung mit dem Frachtführer treffen. Ob in einer Vereinbarung zwischen Absender und Frachtführer, wonach nur ersterer, nicht der Empfänger, zur Bewirkung der Gegenleistung aus dem Frachtvertrag verpflichtet sein solle, eine vertragliche Beschränkung des Pfandrechts zu gunsten des Empfängers liegt, vgl. § 435 Anm III c 2.

IV. **Sonstige Sicherungsrechte des Frachtführers.** Unter Umständen besteht ein Zurückbehaltungsrecht; vgl. § 410 Anm. IV a, b.

§ 441.

Forderung und Pfandrecht der Vormänner.

Der letzte Frachtführer hat, falls nicht im Frachtbrief ein Anderes bestimmt ist, bei der Ablieferung auch die Forderungen der Vormänner sowie die auf dem Gute haftenden Nachnahmen einzuziehen und die Rechte der Vormänner, insbesondere auch das Pfandrecht, auszuüben. Das Pfandrecht der Vormänner besteht so lange als das Pfandrecht des letzten Frachtführers.

Wird der vorhergehende Frachtführer von dem nachfolgenden befriedigt, so gehen seine Forderung und sein Pfandrecht auf den letzteren über.

In gleicher Art gehen die Forderung und das Pfandrecht des Spediteurs auf den nachfolgenden Spediteur und den nachfolgenden Frachtführer über.

ADH. Art. 410. **Entw. I** § 415. **Entw. II** § 433.

I. Nichtbefriedigter Vormann. II. Befriedigter Vormann.

I. **Nichtbefriedigter Vormann (§ 441 Abs. 1).** Vgl. § 411 Anm. II. Eine mit § 441 Abs. 1 Satz 1 im wesentlichen übereinstimmende Vorschrift enthält Berner Vertrag Art. 20.

a. **Vormänner, letzter Frachtführer.** Als Vormänner können sowohl Speditöre wie Frachtführer in Betracht kommen (D. 264, § 442 Satz 2 verglichen mit Satz 1). Kein Vormann im Sinn des § 441 ist der Absender (gegenteilig für § 442: § 442 Anm. III b). Ebensowenig der Kommissionär (Staub Anm. 7, Düringer-Hachenburg Anm. II 1 a) oder Lagerhalter (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. II 1 a). Der § 441 Abs. 1 findet keine Anwendung auf diejenigen Vormänner, die in fremdem Namen (z. B. im Namen des Absenders) den Nachmann bestellt haben. Hat jedoch der Vormann in eigenem Namen Nachmann bestellt, so findet § 441 Abs. 1 sowohl dann Anwendung, wenn der Nachmann Zwischenfrachtführer, wie auch wenn er Unterfrachtführer mit oder ohne (Staub Einl. zu § 441, Lehmann 2 357 Note 1; dagegen Hahn Art. 410 § 1) durchgehenden Frachtbrief ist. Unerheblich ist auch, ob überhaupt ein Frachtbrief ausgestellt ist.

b. **Einziehung und Rechtsausübung.**

1. Recht und Pflicht. Beides besteht. Der § 442 bestimmt ergänzend über die Folgen einer Vernachlässigung der Pflicht. Das Recht ist als eine gesetzliche Vertretungsmacht aufzufassen. Diese gesetzliche Vertretungsmacht besteht nur, soweit der Frachtbrief nichts Gegenteiliges bestimmt, ist also nur vertragergänzend. Ist aber eine Änderung durch Frachtbrief gestattet, so wird wohl anzunehmen sein, daß auch in anderer Beziehung der Vormann einen Einfluß auf die Grenzen der Vertretungsmacht seines Nachmanns behält. Daher ist, selbst wenn der Frachtbrief nichts hierauf Bezügliches enthält, die Vertretungsmacht nicht als unwiderrufliche aufzufassen; der Vormann bleibt berechtigt, unter Widerruf jener Vertretungsmacht unmittelbar einzuziehen und sein Recht, insbesondere sein Pfandrecht, selbst auszuüben (ebenso Lehmann Nr. 3, Düringer-Hachenburg Anm. II 2 b). Ob ein derartiges selbständiges Vorgehen des Vormanns bei Ausübung seines Pfandrechts im Einzelfall Erfolg verspricht, ist unter Beachtung von § 443, BGB. §§ 1231, 1232 zu beurteilen.
2. Gegenstand der Erziehung sind neben den eigenen Forderungen des letzten Frachtführers („auch") die Forderungen der Vormänner sowie die auf dem Gut haftenden Nachnahmen. Die Nachnahmen also auch dann, wenn sie nicht Forderungen der Vormänner, sondern z. B. unbedingte oder durch Annahme des Guts seitens des Empfängers bedingte Forderungen des Absenders sind. — Über den Fall, daß ein Ladeschein ausgestellt ist, vgl. § 446 Anm. I b 5.
3. Gegenstand der Rechtsausübung sind nicht bloß die aus dem Frachtbrief sich ergebenden Rechte der Vormänner, sondern alle durch den Frachtvertrag begründeten

(D. 264). Eingeschlossen ist das Recht, namens des Vormanns Klage anzustellen und einen Prozeßbevollmächtigten zu bestellen (Staub Anm. 2). Voraussetzung für die Zulässigkeit der Ausübung des Rechts eines Vormanns ist, daß letzteres noch nicht erloschen ist; ist das Pfandrecht in der Person eines der aufeinanderfolgenden Frachtführer oder Speditöre erloschen, so kann es nicht in der Person eines seiner Nachmänner wieder aufleben (RG. 44 120).

4. Bei der Ablieferung. Diese Worte scheinen nicht nur zu „einzuziehen", sondern auch zu „auszuüben" gehören zu sollen. Ablieferung vgl. § 377 Anm. III a. „Bei" = gelegentlich (vgl. §§ 39, 73, 358); mithin ist, wie auch aus § 442 hervorgeht, die Ausübung kurz nach der Ablieferung mitbegriffen. Aber eine Beschränkung der Ausübung auf die Zeit der Ablieferung ist überhaupt nicht als gewollt zu erachten. Vielmehr erscheint schon während der Reise der Nachmann zur Ausübung der Rechte des Vormanns befugt. Ebenso nach erfolgter Ablieferung und Erlöschen des Pfandrechts (§ 442 Anm. V).

c. **Bestehenbleiben des Pfandrechts der Vormänner.** Der § 441 Abs. 1 Satz 2 ist dahin zu verstehen, daß das Pfandrecht der Vormänner so lange besteht wie ein eigenes Pfandrecht des letzten Frachtführers bestehen würde, falls Forderung und Pfandrecht des Vormanns eigene des letzten Frachtführers wären. Mithin kann das Pfandrecht des Vormanns im Einzelfall noch andauern, wenn der letzte Frachtführer kein eigenes Pfandrecht hat; so z. B. wenn der letzte Frachtführer keine eigene Forderung hat oder wenn er auf das Pfandrecht wegen seiner eigenen Forderung verzichtet hat.

II. **Befriedigter Vormann (§ 441 Abs. 2, 3).** Auch § 441 Abs. 3 setzt diesen Fall voraus (§ 411 Anm. I). Über das Verhältnis des § 441 Abs. 3 zu § 411 vgl. § 411 Anm. I. Der § 441 Abs. 2, 3 entspricht dem § 411. Über „Befriedigung" und „Übergang der Forderung" vgl. daher § 411 Anm. III a, b. Über die vom Ursprung eigene Forderung nebst Pfandrecht des Frachtführers gegen Absender und Empfänger wegen Vorschüsse und Nachnahme vgl. § 440 Anm. I c 4. 5.

§ 442.

Unterlassene Wahrung des Vormänner-Pfandrechts.

Der Frachtführer, welcher das Gut ohne Bezahlung abliefert und das Pfandrecht nicht binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht, ist den Vormännern verantwortlich. Er wird, ebenso wie die vorhergehenden Frachtführer und Spediteure, des Rückgriffs gegen die Vormänner verlustig. Der Anspruch gegen den Empfänger bleibt in Kraft.

ADH. Art. 412. **Entw. I** § 416. **Entw. II** § 434.

I. **Verhältnis des § 442 zu § 441.** Unklar ist, ob § 442 Satz 1 nur den Fall des § 441 Abs. 1 (nichtbefriedigter Vormann) oder auch den Fall des § 441 Abs. 2, 3 (befriedigter Vormann) behandeln will. Der Berner Vertrag Art. 23 Abs. 2, der keine dem § 442 Satz 2 entsprechende Bestimmung enthält, wird als beide Fälle umfassend ausgelegt (Eger Das internationale Übereinkommen Art. 23 Anm. 131). Da § 442 Satz 1 von dort übernommen ist (unten Anm. VI), so wird man ihn wohl auch auf den Fall des befriedigten Vormanns mitbeziehen müssen (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II 1 b). Im Fall des befriedigten Vormanns besteht dann allerdings die nach § 442 Satz 1 eintretende Verantwortlichkeit lediglich darin, daß einer etwaigen Klage des Frachtführers (z. B. auf Erstattung der von ihm dem Vormann gezahlten Beträge) die Einrede entgegengesetzt werden kann, daß er das Nichteingehen jener Beträge selbst verschuldet habe (abweichend Lehmann Nr. 3). Der in Satz 2 behandelte „Rückgriff" kann sowohl bei befriedigtem wie bei unbefriedigtem Vormann vorkommen.

II. **Ablieferung des Guts ohne Bezahlung und Unterlassung gerichtlicher Geltendmachung des Pfandrechts binnen drei Tagen nach Ablieferung.** Gemeint ist Bezahlung der Forderungen (OTr. 63 315) der Vormänner und der etwaigen Forderungen des letzten Frachtführers an die Vormänner und Geltendmachung des für diese beiden Forderungsgattungen bestehenden Pfandrechts. Ablieferung des Guts vgl. § 377 Anm. III a, § 414 Anm. II a 1, § 440 I b 2 β. Gerichtliche Geltendmachung binnen drei Tagen nach Ablieferung vgl. § 440 Anm. I b α—γ. Die Folgen des § 442 Satz 1, 2 treten nicht ein, wenn den letzten Frachtführer kein Verschulden trifft. So z. B., wenn ihm ohne sein Verschulden das Bestehen von Forderungen der Vormänner nicht bekannt geworden war (D. 264), oder wenn ihm ohne sein Verschulden der Besitz entzogen und auf einen anderen als den Empfänger übergegangen war (vgl. ROH. 19 212), oder wenn die gerichtliche Geltendmachung des Pfandrechts nicht mehr möglich war, weil ohne sein Verschulden der Empfänger nicht mehr im Besitz des Guts (§ 440 I b 2 δ) war (ebenso Eger Frachtr. 2 707, Staub Anm. 4, Lehmann 2 360 Note 1, Düringer-Hachenburg Anm. II 1 c; dagegen Schott bei Endemann 3 453). Macht der Frachtführer rechtzeitig das Pfandrecht des Vormanns geltend, so wird letzterer während der ganzen Dauer des Rechtsstreits nicht frei. Aus dem Wortlaut des § 442 Satz 1 („und") ist zu folgern, daß der Frachtführer gegenüber den Vormännern an sich befugt ist, auch vor Bezahlung auszuhändigen, wenn er nur demnächst das Pfandrecht rechtzeitig geltend macht. Indessen kann der Vormann dem Nachmann eine gegenteilige Anweisung erteilen. Eine solche gegenteilige Anweisung liegt z. B. in der Vorschrift, nur Zug um Zug auszuhändigen (P. 4765), im Zweifel auch in der Belastung des Guts mit einer die Frachtansprüche und Auslagen der Vormänner übersteigenden Nachnahme.

III. **Verantwortlichkeit gegenüber den Vormännern (§ 442 Satz 1).**

a. **Verantwortlich.** Hiermit ist dasselbe bezeichnet wie mit den Worten einstehungspflichtig oder vertretungspflichtig. Vgl. daher § 347 Anm. III b, § 431 Anm. IV. Die Verpflichtung des Frachtführers zur Wahrung der Rechte der Vormänner ergibt sich aus § 441 (OTr. 63 317). Inhalt der Verantwortlichkeit ist Schadensersatzpflicht im Fall des Verschuldens. Über den Inhalt der Verantwortlichkeit im Fall eines befriedigten Vormanns vgl. oben Anm. I. Aus § 442 Satz 2 ergibt sich, daß der letzte Frachtführer nicht nur seinem unmittelbaren Vormann, sondern auch früheren Vormännern, deren Rückgriffsrechte verloren gehen, verantwortlich werden kann.

b. **Vormänner.** Vgl. § 441 Anm. I a. Abweichend von § 441 umfaßt in § 442 dieser Ausdruck auch den Absender (P. 845, 4762—4765, OTr. 63 316, OLG. Darmstadt 15 VII 00 OLGRspr. 2 24, Staub Anm. 3, Lehmann Nr. 5, Düringer-Hachenburg Anm. II 1 a, Goldmann Nr. 7); doch kann nicht Ausübung eines Pfandrechts für ihn in Betracht kommen. Nicht auch den Versender (Staub Anm. 3, Düringer-Hachenburg Anm. II 1 a, Goldmann Nr. 7); ebensowenig den Kommissionär oder Lagerhalter als solchen (Düringer-Hachenburg Anm. II 1 a). Der Versender kann — außer etwa wegen unerlaubter Handlung — gegen den letzten Frachtführer keinen Schadensersatzanspruch erheben, solange er ihm nicht abgetreten ist (§ 383 Anm. X, § 425 Anm. III f; dagegen anscheinend Staub Anm. 3).

IV. **Verlust des Rückgriffs (§ 442 Satz 2).**

a. **Rückgriff.** Da § 442 eine Folgerung aus § 441 zieht (oben Anm. I), und da § 441 auch auf andere Fälle als den eines durchgehenden Frachtbriefs anzuwenden ist (§ 441 Anm. I a), so ist auch in § 442 Satz 2 unter „Rückgriff" nicht nur ein Rückgriff von Samtfrachtführern (vgl. § 432 Anm. I a 2) zu verstehen, sondern jedes auf dem Frachtvertrag beruhende Forderungsrecht, das dem Nachmann gegenüber dem Vormann zusteht (Staub Anm. 2, Lehmann Nr. 3, Düringer-Hachenburg Anm. III). So namentlich der Anspruch des letzten Frachtführers wegen Fracht und Auslagenersatz. Durch § 442 Satz 2 sollte nicht die Erhebung etwaiger sonst begründeter Ansprüche, z. B. wegen ungerechtfertigter Bereicherung, ausgeschlossen werden (P. 845). Jedoch steht einem solchen Anspruch unter Umständen die aus Satz 1 erhobene Einrede der Verantwortlichkeit des Frachtführers entgegen (oben Anm. I). So z. B. der gemäß BGB. § 815 erhobene Anspruch auf Erstattung der dem Vormann gezahlten Nachnahme desselben. — Das Wort „Rückgriff" soll nicht etwa ausdrücken, daß

die Haftung des Vormanns nur in zweiter Reihe stehe (Staub Anm. 5); über das Verhältnis zum Absender vgl. § 425 Anm. III e.

b. **Er und die vorhergehenden Frachtführer und Speditöre.** Den Vormännern, denen der Rückgriff verloren geht, bleibt die Schadensersatzforderung gegen den letzten Frachtführer (Satz 1) und die Vertragsforderung gegen den Empfänger (Satz 3).

V. **Anspruch gegen den Empfänger (§ 442 Satz 3).** Nur, wenn er ohnedies bereits bestand (Str. 71 46). Daß dieser Anspruch in Kraft bleibt, folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, daß durch Erlöschen des Pfandrechts nicht auch die Forderung erlischt. Sowohl der Anspruch des letzten Frachtführers wie auch derjenige der Vormänner bleibt in Kraft (vgl. jedoch Berner Vertrag Art 23 Abs. 2: „ihr"). Bezüglich des Anspruchs der Vormänner hat auch nach Erlöschen des Pfandrechts (§ 441 Anm. Ib 4) der letzte Frachtführer die in § 441 Abs. 1 bestimmte gesetzliche Vertretungsmacht (§ 441 Anm. Ib 1) zur Einziehung und Rechtsausübung namens der Vormänner.

VI. **Eisenbahnfrachtvertrag.** Ähnlich dem § 442 der Berner Vertrag Art. 23 Abs. 2. Im Anschluß an letzteren ist die Bestimmung des § 442 Satz 1 neu aufgenommen (D. 265).

§ 443.

Rang mehrerer Pfandrechte.

Bestehen an demselben Gute mehrere nach den §§ 397, 410, 421, 440 begründete Pfandrechte, so geht unter denjenigen Pfandrechten, welche durch die Versendung oder durch die Beförderung des Gutes entstanden sind, das später entstandene dem früher entstandenen vor.

Diese Pfandrechte haben sämmtlich den Vorrang vor dem nicht aus der Versendung entstandenen Pfandrechte des Kommissionärs und des Lagerhalters sowie vor dem Pfandrechte des Spediteurs und des Frachtführers für Vorschüsse.

ADH. Art. 411. **Entw. I** § 417. **Entw. II** § 435.

I. Versendungs- oder Beförderungspfandrechte. II. Rangordnung zwischen mehreren Pfandrechten.

I. **Durch Versendung oder Beförderung des Guts entstandene Pfandrechte.** Unter „Versendung" ist in § 443 — ebenso wie in § 408 (§ 408 Anm. I a) — gemeint, was bei Zugrundlegung der Begriffsbestimmung des § 407 „Versendungsbesorgung" zu nennen wäre. Wenn § 443 von den „durch Versendung oder Beförderung entstandenen Pfandrechten" spricht, so ist dies nur ein kurzer Ausdruck für die Pfandrechte, welche die durch Versendung oder Beförderung entstandenen Forderungen sichern.

a. **Kommissionär.** Mehrfach sind die Möglichkeiten, daß die pfandgesicherten Forderungen des Kommissionärs aus der Beförderung oder Versendung herrühren. Hierzu gehören z. B. seine Ersatzforderungen für Fracht- und Zollauslagen, für dem Speditör gezahlte Provision, für Verpackung und sonstige Herstellung der Beförderungsbereitschaft, für Benutzung eigener Beförderungsmittel, für Wahrung der Rechte gegen Frachtführer und Schiffer, für Erhaltungsarbeiten während der Reise, für Beförderungsversicherung, und wenn bei Bemessung der Provision die Mühewaltung für Versendung oder Beförderung besonders ins Gewicht gefallen ist, der als Entgelt für diese Mühewaltung gewährte Teil der Provision. Nicht dagegen die Forderungen für nicht aus Anlaß von Versendung oder Beförderung auf das Gut verwendete Kosten oder mit Rücksicht darauf eingegangene Verbindlichkeiten, für Vorschüsse und Darlehne auf das Gut, für eigene Provision (mit der oben erwähnten Ausnahme), für Forderungen aus anderen Kommissionsgeschäften. Der Kommissionär kann sowohl als Absender, wie als Empfänger in Betracht kommen.

b. **Speditör.** Aus der Vergleichung von § 443 Abs. 2 mit Abs. 1 ergibt sich, daß alle seine pfandgesicherten Forderungen mit Ausnahme derjenigen für Vorschüsse als durch Versendung oder Beförderung entstanden angesehen werden sollen. Also seine Forderungen wegen Fracht, Provision, Auslagen (soweit sie nicht „Vorschüsse" sind) und Verwendungen. Keine „Vor-

schüsse" (vgl. § 396 Anm. II c 5) im Sinn des § 443 Abs. 2 sind eigene ungedeckte Zahlungen des Speditörs an Nichtbeförderer zu Versendungs- oder Beförderungszwecken und diejenigen ungedeckten Zahlungen des Speditörs an Beförderer (Vor- oder Nachmänner), die deren zu Versendungs- oder Beförderungszwecken gemachte Leistungen entgelten oder gemachte Auslagen ersetzen sollen. Dagegen sind Vorschüsse diejenigen ungedeckten Zahlungen, die zu anderen als Versendungs- oder Beförderungszwecken gemacht werden, sei es, daß der Speditör unmittelbar dem Absender oder Empfänger zahlt, sei es (ebenso Schott bei Endemann 3 458, Staub Anm. 1, Lehmann Nr. 3, Düringer-Hachenburg Anm. III 2; dagegen Eger Frachtr. 2 689), daß er einen Vormann wegen einer von diesem geleisteten solchen Zahlung befriedigt. Zu den Vorschüssen gehört mithin die vorausbezahlte Wertnachnahme, nicht auch die vorausbezahlte Spesennachnahme (Lehmann Nr. 3, Düringer-Hachenburg Anm. III 2). — Der Speditör kann als Absender, als Zwischenspeditör oder als Empfänger in Betracht kommen.

c. **Lagerhalter.** Für diesen gilt Entsprechendes wie für den Kommissionär (oben zu a). Doch ist hier sehr zweifelhaft, in welchen Fällen seine Forderungen als durch Versendung oder Beförderung entstanden angesehen werden können. Hierzu gehören z. B. seine Auslagen für Fracht und Zölle und für die ihm obliegende Wahrung der Rechte gegen Frachtführer und Schiffer. Außerdem wohl alle seine Forderungen, wenn die Einlagerung auf Grund des § 437 Abs. 2 Satz 1 durch den Frachtführer geschieht (Lehmann Nr. 3, Düringer-Hachenburg Anm. II c, Goldmann Nr. 4). Dagegen nicht die Forderungen des Lagerhalters aus einer nach Beendigung der Beförderung erfolgenden Einlagerung durch den Empfänger (Lehmann Nr. 3, Düringer-Hachenburg Anm. II c); z. B. wenn letzterer nach erfolgter Untersuchung die Ware wegen Mangelhaftigkeit zur Verfügung des Absenders im Lagerhaus niederlegt. Ebensowenig die Forderungen aus einer vor Beginn der Versendung (Düringer-Hachenburg Anm. II c) und ohne Zusammenhang damit erfolgten Einlagerung.

d. **Frachtführer.** Für diesen gilt Entsprechendes wie für den Speditör (oben zu b). Alle seine pfandgesicherten Forderungen mit Ausnahme derjenigen für Wertvorschüsse sind hiernach als aus Versendung oder Beförderung entstanden anzusehen.

II. **Rangordnung zwischen mehreren Pfandrechten.** Das gleichzeitige Bestehen mehrerer Pfandrechte ist bei Versendung eine besonders häufige Erscheinung, weil der Nachmann für den Vormann und für den Verfügungspapier-Berechtigten mittelbaren Besitz ausübt (§ 440 Anm. I b 1, § 369 Anm. IV e 2), also auch dessen etwaiges Pfandrecht aufrechthält, und weil ferner das Pfandrecht auch nach Ablieferung fortdauern und so mit neuerworbenen Rechten des Empfängers oder Dritter zusammenstoßen kann (§ 440 Anm. I b 2).

a. **Zwischen den aus Versendung oder Beförderung entstandenen und den nicht so entstandenen Pfandrechten.** Erstere gehen den letzteren vor (§ 443 Abs. 2). Gleichgültig ist, ob erstere früher, oder ob sie später als letztere entstanden sind. Ebenso, ob der Erwerber des späteren das Bestehen des früheren kannte (Lehmann Nr. 3). — Über den Rang der Pfandrechte von Binnenschiffsgläubigern und Floßgläubigern vgl. BinnenSchG. § 106, FlößG. § 29.

b. **Zwischen mehreren aus Versendung oder Beförderung entstandenen Pfandrechten.** Das später entstandene geht dem früher entstandenen vor (§ 443 Abs. 1). Diese Rangordnung hat darin ihren Grund, daß im allgemeinen angenommen werden kann, die Ware gewinne dadurch, daß sie ihrem Bestimmungsort näherrückt, für die Beteiligten an Wert (P. 861, 4625).

c. **Zwischen mehreren nicht aus Versendung oder Beförderung entstandenen Pfandrechten.** Als solche können nicht nur solche von Kommissionären, Speditören, Lagerhaltern und Frachtführern, sondern auch anderer Personen in Betracht kommen, z. B. des am vom Empfänger Hinterlegten berechtigten Absenders (BGB. § 233), des Vermieters des Empfängers (BGB. § 559), des Handwerkers wegen Ausbesserung des Guts während der Reise (BGB. § 647), des Pfändungspfandgläubigers des Einkaufskommissionärs oder des Empfängers (CPO. § 804). Für alle diese Pfandrechte sind die Vorschriften in BGB. §§ 1209, 1257, CPO. § 804 maßgebend, wonach das ältere dem jüngeren vorgeht (vgl. D. 265), falls nicht im Einzelfall aus den Vorschriften über gutgläubigen Erwerb gesetzlicher Pfandrechte (§ 366 Anm. II c, IV) etwas Gegenteiliges folgt.

d. **Zwischen mehreren kaufmännischen Zurückbehaltungsrechten und zwischen Pfandrecht und kaufmännischem Zurückbehaltungsrecht.** Der gesetzgeberische Grund, der zu der in § 443 Abs. 2 ausgesprochenen Bevorzugung der durch Versendung oder Beförderung entstandenen Pfandrechte vor anderen Pfandrechten führte, ist von gleicher Geltung auch für eine Bevorzugung der ersteren Pfandrechte vor Zurückbehaltungsrechten; der § 443 Abs. 2 ist daher hierauf entsprechend auszudehnen (ebenso Schott bei Endemann 3 460; dagegen Staub Anm. 11). Aber auch § 443 Abs. 1 muß auf die Rangordnung zwischen mehreren wegen Forderungen aus Versendung oder Beförderung bestehenden Zurückbehaltungsrechten entsprechend angewendet werden, da sonst der Widerstreit zwischen der Rangordnung des je wegen derselben Forderung bestehenden Pfand- und Zurückbehaltungsrechts mehrerer Gläubiger unlösbar wäre; zwischen mehreren aus Versendung oder Beförderung entstandenen Zurückbehaltungsrechten geht also das jüngere dem älteren vor. Im übrigen steht ein Zurückbehaltungsrecht einem älteren Pfandrecht nach (§ 369 Anm. IV b 1). Darüber, ob ein älteres nicht aus Beförderung entstandenes Zurückbehaltungsrecht dem jüngeren nicht aus Beförderung entstandenen Pfandrecht vorgeht, ist nach § 369 Abs. 2 zu entscheiden. In der Regel ist dies zu bejahen (§ 369 Anm. VI b 1; ebenso Staub Anm. 10; dagegen Lehmann Nr. 6); anders nur, wenn das neue Pfandrecht entstanden ist, während dem Rückhalter vorübergehend der Besitz entzogen war (vgl. § 369 Anm. V d 3). Entsprechend wird auch anzunehmen sein, daß ein jüngeres aus Versendung oder Beförderung entstandenes Zurückbehaltungsrecht dem älteren aus Versendung oder Beförderung entstandenen Pfandrecht vorgeht. Zu beachten ist, daß ein Zurückbehaltungsrecht — abweichend vom Pfandrecht des Frachtführers und Speditör-Vormanns — nicht nach Ablieferung fortdauert (§ 369 Anm. V d 3) und nicht durch gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten entsteht (§ 369 Anm. IV b 1). Über die Rangordnung zwischen Zurückbehaltungsrecht und einem durch Verfügungspapier verbrieften Herausgabeanspruch gegen den Rückhalter oder einem Verfolgungsrecht vgl. § 369 Anm. VI c, d.

II. Besonderheiten falls Ladeschein ausgestellt (§§ 444—450).

§ 444.

Ladeschein.

Ueber die Verpflichtung zur Auslieferung des Gutes kann von dem Frachtführer ein Ladeschein ausgestellt werden.

ADH. Art. 413. **Entw. I** § 418. **Entw. II** § 436.

I. **Zulässigkeit** der Ausstellung eines Ladescheins. Ein Ladeschein „kann", muß jedoch nicht ausgestellt werden. Der Absender hat keinen Anspruch auf Ausstellung (P. 4769, RG. **13** 75; gegenteilig BinnenSchG. § 72 Abs. 1, außer bei Schiffen zu Fahrten innerhalb eines Orts § 131). D. 265 bemerkt: „Da der Ladeschein bis jetzt nur im Betriebe der Binnenschiffahrt praktische Bedeutung gewonnen hat, so könnte in Frage kommen, ob nicht die betreffenden Vorschriften ganz aus dem HGB. auszuscheiden und dem Binnenschiffahrtsgesetze zu überweisen seien. Dies erscheint indessen nicht ratsam; denn die Möglichkeit ist immerhin nicht ausgeschlossen, daß sich auch bei anderen Arten der Güterbeförderung ein Bedürfnis ergibt, von dem Ladescheine Gebrauch zu machen. Wohl aber fehlt es mit Rücksicht auf den bezeichneten Umstand an einer Veranlassung, die ergänzenden Bestimmungen, welche das Binnenschiffahrtsgesetz in betreff der Ladescheine enthält, insbesondere die Vorschriften desselben über die Haftung des Frachtführers für die Richtigkeit der Angaben des Ladescheins, in das HGB. aufzunehmen."

II. **Gegenstand der Verbriefung** ist „die Verpflichtung zur Auslieferung des Guts". Trotz der Bestimmung des § 450 also nicht etwa das Gut (dagegen ROH. 25 356), sondern eine auf Herausgabe des Guts gehende Verpflichtung (vgl. ROH. 15 264, Jhering in JheringsJ. **1** 182), oder — vom Standpunkt des Berechtigten gesehen — der Herausgabeanspruch (M. 116). Dieser verbriefte Herausgabeanspruch ist kein dinglicher — wenngleich im Einzelfall daneben ein nichtverbriefter dinglicher bestehen kann —; denn der Anspruchsberechtigte braucht außer seinem

mittelbaren Besitz nicht notwendig ein dingliches Recht am Gut zu haben, die Beziehung des mittelbaren zum unmittelbaren Besitzer ist aber im BGB. nicht als dingliches Recht gestaltet (Planck[3] § 869 Anm. 2). Mithin ist der verbriefte Herausgabeanspruch ein forderungsrechtlicher (RG. 89 155: „obligatorisch verpflichtet"), nur daß nach § 450 seine Übertragung unter Übergabe des Ladescheins dingliche Wirkungen hat (vgl. auch § 364 Anm. IIb). Aus § 446 ergibt sich, daß es nicht der frachtvertragliche ist. Vielmehr verbrieft der Ladeschein die auf Herausgabe des Frachtguts gerichtete Forderung aus dem durch Ausstellung des Ladescheins abgegebenen selbständigen (vgl. BGB. § 780) Schuldversprechen (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. II 1). Doch ist dies selbständige Schuldversprechen kein vom Schuldgrund losgelöstes (RG. 57 63), nimmt vielmehr — was mit BGB. § 780 vereinbar (Planck[3] § 780 Anm. 1a) — auf den Frachtvertrag als Grundlage Bezug (§ 446 Anm. Ib 5).

III. **Aussteller** ist der Frachtführer. Denn er ist derjenige, welcher das in dem Ladeschein liegende selbständige Schuldversprechen abgibt. Für seine Haftung, falls für ihn ein anderer den Ladeschein ausstellte (RG. 20 55), sind die allgemeinen Vorschriften über Stellvertretung bei Abgabe von Willenserklärungen (BGB. §§ 164ff.) maßgebend, nicht etwa kommt § 431 in Betracht (§ 431 Anm. IIIb). Ob im Einzelfall der den Ladeschein Unterschreibende ihn in eigenem oder fremdem Namen ausgestellt hat (BGB. § 164, HGB. § 383 Anm. IXb), ist Auslegungsfrage (ROH. 17 100).

IV. **Berechtigter** ist der im Ladeschein als Ablieferungsberechtigter (§ 445 Anm. IId) Bezeichnete bezw. sein Rechtsnachfolger (§ 447 Anm. I). Nicht notwendig also der Absender. Der Ladeschein kann, muß aber nicht notwendig an Order gestellt werden. Ist er an Order gestellt, so ist er indossierbar (§ 363 Abs. 2); über die Wirkung des Indossaments vgl. §§ 364, 365.

V. **Unterscheidung des Ladescheins von anderen Urkunden.**

a. **Frachtbrief.** Vgl. § 426 Anm. Ic 1.

b. **Frachtbriefduplikate.** Vgl. zu § 455.

c. **Empfangsschein, Gepäckschein, Beförderungsschein.** Vgl. § 426 Anm. Ic 3. Kein Ladeschein ist z. B. eine Bescheinigung des Schiffers, inhalts deren dieser bekennt, das darin bezeichnete Gut zur Beförderung an die darin genannte Person empfangen zu haben (RG. 13 75).

VI. **Zweck der Ausstellung eines Ladescheins** ist die Beschaffung einer Urkunde, welche die Möglichkeit gewährt, dingliche Rechte am Frachtgut in vereinfachter Form zu übertragen und dem Empfänger schon vor Ankunft des Guts am Bestimmungsort einen selbständigen Anspruch gegen den Frachtführer zu verschaffen (P. 4766ff.).

VII. **Anwendbarkeit der Vorschriften über den Frachtvertrag.** Durch Ausstellung eines Ladescheins wird die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über die Rechte und Pflichten des Frachtführers nur soweit ausgeschlossen, wie sich dies aus den besonderen Bestimmungen über den Ladeschein ergibt (D. 266). Über die Anwendbarkeit der in §§ 426ff. für den Empfänger gegebenen Vorschriften auf den Ladescheinberechtigten vgl. § 446 Anm. Ia. Lücken der Bestimmungen über den Ladeschein sind ausfüllbar durch entsprechende Anwendung der Bestimmungen über das Konnossement des Seeschiffers (P. 4768, Staub Anm. 6) und die ergänzenden Bestimmungen über den Ladeschein des Binnenschiffers. Doch ist nicht in allen Fällen entsprechende Anwendung zulässig. So ist z. B. § 652 nicht anwendbar auf den Ladeschein (RG. 5 81, 46 6; vgl. BinnenSchG. §§ 73ff.). Nicht entsprechend anwendbar ist auch § 659 Abs. 2 (§ 447 Anm. II).

§ 445.

Inhalt des Ladescheins. Abschrift.

Der Ladeschein soll enthalten:

1. den Ort und den Tag der Ausstellung;
2. den Namen und den Wohnort des Frachtführers;
3. den Namen des Absenders;
4. den Namen desjenigen, an welchen oder an dessen Order das Gut ab-

geliefert werden soll; als solcher gilt der Absender, wenn der Ladeschein nur an Order gestellt ist;
5. den Ort der Ablieferung;
6. die Bezeichnung des Gutes nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen;
7. die Bestimmung über die Fracht und über die auf dem Gute haftenden Nachnahmen sowie im Falle der Vorausbezahlung der Fracht einen Vermerk über die Vorausbezahlung.

Der Ladeschein muß von dem Frachtführer unterzeichnet sein.

Der Absender hat dem Frachtführer auf Verlangen eine von ihm unterschriebene Abschrift des Ladescheins auszuhändigen.

ADH. Art. 414. **Entw. I** § 419. **Entw. II** § 437.

I. Welcher Inhalt ist wesentlich für den Ladeschein? III. Abschrift des Ladescheins.
II. Die einzelnen Angaben.

I. **Welcher Inhalt ist wesentlich für den Ladeschein?** Der § 445 Abs. 1 Nr. 1—7 führt die Angaben auf, die ein Ladeschein enthalten „soll", die üblichen Angaben (ROH. **17** 97). Die Aufzählung hat nur die Bedeutung, daß, wenn (§ 444 Anm. I) im Einzelfall der Frachtführer sich zur Ausstellung eines Ladescheins verpflichtet hat, sein Vertragsgegner im Zweifel die Ausstellung eines Ladescheins des in § 445 Abs. 1 angegebenen Inhalts (z. B. Angabe der Merkzeichen, RG. 9 XI 01 JW. **02** 29[24]) fordern kann (ROH. **17** 97, RG. **20** 57). Dagegen folgt hieraus noch nicht, daß jede jener Angaben dem Ladeschein wesentlich sei, daß mithin kein Ladeschein vorliege, wenn eine jener Angaben fehle (P. 4770, RG. **20** 57, Bolze **5** Nr. 624). Ebensowenig, daß, wenn jene Angaben gemacht sind, stets ein Ladeschein vorliege; denn die für den Ladeschein wesentliche Erklärung der Verpflichtung zur Auslieferung (§ 444 Anm. II, Vc) ist in § 445 Abs. 1 nicht erwähnt. Wesentlich ist vielmehr nur, daß im Einzelfall eine genügend bestimmte Verpflichtungserklärung zur Auslieferung übernommenen Guts und genügende Unterschrift (§ 445 Abs. 2: „muß", § 444 Anm. III) vorliege, wenngleich die Verpflichtungserklärung nicht notwendig als ausdrückliche in der Urkunde enthalten zu sein braucht (Bolze **5** Nr. 624). Zu der Bestimmtheit der Verpflichtungserklärung gehört die Angabe entweder des Berechtigten oder des Absenders (unten Anm. IId). Inwieweit die Bezeichnung des Guts wesentlich, vgl. unten Anm. IIf. Unwesentlich ist die Angabe des Wohnorts des Frachtführers (ROH. 17 97). In einem Einzelfall wurde die Nichtangabe der Fracht als Anzeichen dafür aufgefaßt, daß Ausstellung eines Ladescheins nicht beabsichtigt war (RG. **13** 75).

II. **Die einzelnen Angaben.**

a. **Ort und Tag der Ausstellung.** Vgl. § 426 Anm. IIIb 1. Der Aussteller haftet jedem Erwerber für die Folgen der Angabe einer falschen (z. B. einer früheren statt der wirklichen) Ausstellungszeit (vgl. RG. 58 231).

b. **Name und Wohnort des Frachtführers.** Vgl. § 426 Anm. IIIb 2. Die Angabe des Namens wird nicht dadurch überflüssig, daß § 445 Abs. 2 die Unterzeichnung durch den Frachtführer vorschreibt, denn diese Unterzeichnung braucht, wenn sie durch einen Stellvertreter erfolgt, nicht notwendig den Namen des Frachtführers zu enthalten (vgl. § 51 Anm. II). Die Bezeichnung des Beförderungsmittels ist im HGB. nicht vorgeschrieben; nach BinnenSchG. § 72 Abs. 2 hat aber der Ladeschein des Binnenschiffers ferner „die Bezeichnung des Schiffes zu enthalten, in welches die Güter verladen sind".

c. **Name des Absenders.** Unter Namen ist die Firma einbegriffen. Die Angabe des Wohnorts ist nicht erfordert. Über den Fall, daß der Ladeschein keine Angabe des Berechtigten und auch keine Angabe des Absenders enthält, vgl. unten zu d.

d. **Name des Ablieferungsberechtigten,** d. h. desjenigen, an den oder an dessen Order das Gut abgeliefert werden soll. Hiernach ist dem Ladeschein nicht wesentlich, daß er an Order laute (P. 849). Doch kann der Absender im Zweifel verlangen, daß der etwa auszustellende Ladeschein an Order gestellt werde (Staub Anm. 3, vgl. § 644; dagegen Lehmann Nr. 2,

Düringer-Hachenburg Anm. II); denn dies ist verkehrsüblich. Ist der Ladeschein an Order gestellt und kein Ablieferungsberechtigter angegeben, so ist der Absender Ablieferungsberechtigter (§ 445 Abs. 1 Nr. 4). Ist auch der Name des Absenders (Nr. 3) nicht angegeben, so ist der nicht auf den Inhaber gestellte Ladeschein ungültig, weil sich aus ihm nicht ergibt, wem gegenüber die Verpflichtungserklärung abgegeben ist (vgl. § 363 Anm. III e, Lehmann Nr. 2). Das HGB. setzt zwar nicht voraus, daß der Ladeschein auf den Inhaber gestellt werden kann. Doch besteht keine Vorschrift, durch welche dies verboten wäre (zust. Düringer-Hachenburg § 444 Anm. II 2, § 445 Anm. II; dagegen Staub Anm. 3, Lehmann Nr. 2), denn BGB. § 795 betrifft nur Schuldverschreibungen, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, und § 445 Abs. 1 Nr. 4 bestimmt nur, was der Ladeschein enthalten *soll*. Über die Folgen einer Stellung an Order vgl. § 363 Anm. VII, §§ 364, 365. — Die Angabe einer Notadresse ist nicht notwendig (P. 1241, 1250), aber zulässig. Nach BinnenSchG. § 72 Abs. 3 kann, wenn der Ladeschein an die Order einer Person ausgestellt wird, welche am Ablieferungsort weder ihren Wohnsitz noch eine Niederlassung hat, der Frachtführer die Bezeichnung einer Meldeadresse verlangen, bei welcher ihm nach der Ankunft am Ablieferungsort die Person des Ladescheinbesitzers bekannt zu geben ist. — Wer Ladescheinberechtigter, vgl. § 447 Anm. I.

e. **Ort der Ablieferung.** Vgl. § 426 Anm. III b 4.

f. **Bezeichnung des Guts nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen.** Vgl. § 426 Anm. III b 5. Durch den Ladeschein übernimmt der Frachtführer nicht die Verpflichtung, Gut der bezeichneten Beschaffenheit und Menge und (OLG. Hamburg 31 I 03 OLGRspr. 6 235) mit bezeichnetem Merkzeichen auszuliefern (§ 444 Anm. II), sondern nur die Verpflichtung, das *übernommene* Gut auszuliefern (Str. 68 176, RG. 5 81, LG. Hamburg 21 V 85 ZHR. 36 273; dagegen ROH. 8 415), und er haftet (OLG. Hamburg 5 XII 85 u. April 86 ZHR. 36 273) bei Nichtübereinstimmung der Bezeichnung im Ladeschein mit dem übernommenen Gut nur für Verschulden bei Aufnahme dieser unrichtigen Bezeichnung (BinnenSchG. § 74, RG. 5 81, vgl. P. 4771—4774). Ist im Ladeschein zwar der Vordruck, daß „reine, gute, gesunde" Ware empfangen sei, stehen geblieben, aber handschriftlich der Zusatz hinzugefügt, daß der Schiffer nur gemäß entnommener Probe zu liefern habe, so ist die Beschaffenheit der Probe für maßgebend zu erachten, auch wenn die Ware nicht „rein, gut, gesund" ist (ROH. 8 415); anders, wenn die schlechte Beschaffenheit äußerlich erkennbar war und der Mangel nicht ausdrücklich im Ladeschein vermerkt ist (BinnenSchG. § 76). Gültig ist ein Ladeschein, der den Vermerk „Inhalt unbekannt" (ROH. 8 196; vgl. § 654) oder „Zahl, Maß, Gewicht unbekannt" (ROH. 15 381, BinnenSchG. § 73; vgl. § 655) enthält, aber doch in irgend einer *Weise*, wenngleich nicht notwendig durch eine Mengeangabe (ROH. 15 381) das übernommene Gut bezeichnet. Ist der Ladeschein ausgestellt, bevor Gut übernommen war, und ist demnächst kein Gut übernommen worden, so haftet (dagegen anscheinend RG. 3 II 04 HoldheimsMSchr. 130) der Frachtführer dem Ladescheinberechtigten (RG. 20 56, 34 79, § 364 Anm. III b 3) so, wie wenn das im Ladeschein bezeichnete Gut nach Übernahme durch Schuld des Frachtführers in Verlust geraten wäre. — Eine Bezeichnung der nötigen Begleitpapiere soll — abweichend vom Frachtbrief (§ 426 Abs. 2 Nr. 6) — in den Ladeschein nicht aufgenommen werden. — Über behördliche Festsetzung eines zulässigen Mindergewichts oder Mindermaßes bei Ablieferung gewisser Güter durch den Binnenschiffer vgl. BinnenSchG. § 60. — Der Ladescheinberechtigte, dem der Frachtführer auf Grund Aufnahme einer unrichtigen Bezeichnung in den Ladeschein, gleichzeitig aber auch der Absender wegen Übersendung des unrichtigen oder mangelhaften Guts haftet, kann gegen jeden von beiden seinen Anspruch geltend machen; der Absender kann ihn nicht darauf verweisen, daß zunächst der Anspruch gegen den Frachtführer verfolgt werden müsse (ROH. 2 330).

g. **Fracht und Vermerk über etwaige Vorauszahlung.** Vgl. § 426 Anm. III b 7.

h. **Besondere Vereinbarung.** Vgl. § 426 Anm. III b 8. Sie müssen in den Ladeschein aufgenommen werden, oder auf sie muß im Ladeschein Bezug genommen sein, wenn sie gegenüber dem Ladescheinberechtigten wirksam werden sollen (§ 446 Abs. 1). Der § 445 Abs. 1

Nr. 7 hebt nur die Vereinbarung über Nachnamen hervor. Aber auch die übrigen in § 426 Abs. 2 Nr. 8 als möglicher Inhalt des Frachtbriefs erwähnten Angaben über Vereinbarungen können in gleicher Weise auch in den Ladeschein Aufnahme finden.

i. **Unterschrift des Frachtführers.** Sie ist für den Ladeschein wesentlich. Vgl. oben Anm. I, IIb, § 444 Anm. III. Nicht genügend ist eine im Wege mechanischer Vervielfältigung hergestellte Unterschrift. Noch weniger eine Unterstempelung.

III. **Abschrift des Ladescheins.** Sie ist zu unterscheiden von dem im Gesetz nicht erwähnten (P. 1247, 4775, Löwe BinnenSchG. § 72 Anm. 2a) Doppel des Ladescheins; mehrere Ausfertigungen des Ladescheins werden sämtlich vom Frachtführer unterschrieben; die in § 445 Abs. 3 erwähnte, vom Absender zu unterschreibende Abschrift des Ladescheins ist dagegen nur eine für den Frachtführer bestimmte Bescheinigung des Absenders über den Wortlaut des vom Frachtführer ausgestellten Ladescheins zwecks Sicherung des Frachtführers gegen nachträgliche willkürliche Änderungen des Inhalts (Staub Anm. 5) und zwecks Benutzung als Begleitpapier bei der Verzollung (P. 1241). Der Frachtführer kann außerdem, trotz Ausstellung eines Ladescheins, auch die Übergabe eines Frachtbriefs verlangen (§ 426 Anm. II), es sei denn, daß die Verkehrsübung entgegensteht.

§ 446.

Verhältnis des Ladescheins zum Frachtvertrag.

Der Ladeschein entscheidet für das Rechtsverhältniß zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger des Gutes; die nicht in den Ladeschein aufgenommenen Bestimmungen des Frachtvertrags sind dem Empfänger gegenüber unwirksam, sofern nicht der Ladeschein ausdrücklich auf sie Bezug nimmt.

Für das Rechtsverhältniß zwischen dem Frachtführer und dem Absender bleiben die Bestimmungen des Frachtvertrags maßgebend.

ADH. Art. 415. **Entw. I** § 420. **Entw. II** § 438.

I. Verhältnis Frachtführers zum Papierberechtigten.
II. Verhältnis Frachtführers zum Absender.
III. Verhältnis Absenders zum Papierberechtigten.

I. **Verhältnis zwischen Frachtführer und Ladescheinberechtigtem (§ 446 Abs. 1).**

a. **„Empfänger."** In § 446 Abs. 1 ist von einem Verhältnis des Frachtführers zum „Empfänger" gesprochen, in §§ 447, 450 von einem Verhältnis des Frachtführers zu dem „zum Empfange Legitimierten" bezw. „durch den Ladeschein legitimierten Empfänger" bezw. „zur Empfangnahme Legitimierten". Alle diese Bezeichnungen sind inhaltlich gleichbedeutend (vgl. auch § 447 Anm. I). Doch ist diese Bezeichnung als „Empfänger" ungenau. Denn unter „Empfänger" ist in §§ 426 ff. derjenige verstanden, an den nach Inhalt des Frachtvertrags das Gut ausgeliefert werden soll (§ 426 Anm. IIIb 3, § 435 Anm. Ia). Ist aber ein Ladeschein ausgestellt, so steht der Frachtführer, selbst nach Ankunft des Guts am Bestimmungsort, in keinerlei Rechtsbeziehung zu dem im Frachtvertrag bezeichneten Empfänger als solchem, sondern nur zu dem Ladescheinberechtigten, d. h. dem nach Inhalt des Ladescheins zum Empfang Legitimierten; denn an sich braucht ersterer nicht derselbe zu sein wie letzterer, der Inhalt des Ladescheins ist aber entscheidend dafür, wem der Frachtführer abzuliefern hat. Alles, was in §§ 426 ff. von dem Empfänger gesagt ist, muß, wenn ein Ladeschein ausgestellt ist, nicht auf den im Frachtvertrag bezeichneten Empfänger, sondern auf den Ladescheinberechtigten bezogen werden. Letzterer hat das dem Empfänger in §§ 433—435 zugewiesene Verfügungsrecht (vgl. § 447 Anm. II); er hat das Recht, gemäß § 438 die Feststellung des Zustands des Frachtguts zu beantragen; an ihn statt an den Empfänger sind die in § 440 Abs. 4 vorgesehenen Mitteilungen bei Pfandverkauf zu richten.

b. **Entscheidend ist der Inhalt des Ladescheins.**

1. Das Schuldverhältnis (§ 444 Anm. II) wird durch § 446 geregelt. Dafür, ob der Ladescheinberechtigte oder ein Dritter einen dinglichen Anspruch gegen den Frachtführer

erheben kann, ist der Ladeschein nicht entscheidend; doch kann (§ 450) ein solcher Anspruch übertragen werden. Durch Zeichnung des Ladescheins übernimmt gegenüber dem Ladescheinberechtigten der Frachtführer eine von des letzteren Verhältnis zum Absender unabhängige, selbständige Verpflichtung (RG. 4 91). Der Ladescheinberechtigte, der ordnungsmäßig den Besitz des Ladescheins erlangt hat, ist gegenüber dem Frachtführer selbst dann berechtigt, die Auslieferung zu fordern, wenn der Ladescheinberechtigte in seinem Verhältnis zum Absender zur Herausgabe des Ladescheins an letzteren verpflichtet ist (RG. 14 7). — Die Beförderung auf Grund des Ladescheins gibt dem Frachtführer zunächst noch keine Forderung gegen den Ladescheinberechtigten, vielmehr sind die dem Frachtführer nach Maßgabe des Ladescheins zustehenden Ansprüche zunächst nur Auslieferungsbedingung; eine unbedingte Forderung wird erst durch vorbehaltlose Annahme des Guts durch den Ladescheinberechtigten erworben (Lehmann Nr. 2); vgl. auch § 436, der daneben unberührt bleibt.

2. Nicht nur zum Nachteil, sondern auch zum Vorteil des Frachtführers; der Ladescheinberechtigte kann sich nicht auf Abreden zwischen Absender und Frachtführer berufen, die dem Ladescheinberechtigten günstiger sind als der Inhalt des Ladescheins (ebenso Staub Anm. 4; dagegen OTr. 55 154).

3. Unmaßgeblich für das Rechtsverhältnis zwischen dem Ladescheinberechtigten und dem Frachtführer sind daher sowohl Abreden zwischen Frachtführer und dem im Einzelfall vom Ladescheinberechtigten verschiedenen (RG. 46 5) Absender, insbesondere die Bestimmungen des Frachtvertrags (§ 446 Abs. 1 Halbs. 2), wie auch Abreden zwischen Ladescheinberechtigtem und Absender (RG. 7 V 81 EisenbEntsch. 2 28). Erheblich dagegen die außerhalb des Ladescheins getroffenen Abreden zwischen Ladescheinberechtigtem und Frachtführer (ROH. 25 343). Übernimmt jedoch ein nachfolgender Frachtführer das Gut auf Grund des Ladescheins, so kann sich der Ladescheinberechtigte gegenüber diesem nachfolgenden Frachtführer nicht auf die außerhalb des Ladescheins getroffenen Abreden mit dem ursprünglichen Frachtführer berufen (§ 449). Ebenso der Frachtführer nur ausnahmsweise (§ 364 Anm. IIIb 4) gegenüber dem durch Vollindossament erwerbenden späteren Ladescheinberechtigten. Auch nicht der Ladescheinberechtigte gegenüber dem ursprünglichen Ladescheinaussteller auf Abreden zwischen dem Ladescheinberechtigten und dem nachfolgenden auf Grund des Ladescheins befördernden Frachtführer (ROH. 25 343). — Über den Einfluß einer bei Ladescheinerwerb vorhandenen Kenntnis des Ladescheinberechtigten von nicht in den Ladeschein aufgenommenen Abreden zwischen Frachtführer und Absender vgl. § 364 Anm. IIIb 4. — Ist der Ladescheinberechtigte nur Treuhänder (Inkassomandatar) des Absenders, so können nach allgemeiner Regel (§ 252 Anm. IIa) trotz des § 446 Abs. 1 dem ersteren dieselben Einwendungen entgegengesetzt werden, die dem letzteren entgegengesetzt werden könnten (RG. 57 64).

4. Beispiele. Der Ladeschein ist maßgebend z. B. für die Bestimmung der Person des Ablieferungsberechtigten (§ 445 Anm. IId, § 447 Anm. I) und des Frachtführers (ROH. 17 98). Hat ein Unterfrachtführer den Ladeschein ausgestellt, so ist im Verhältnis zum Ladescheinberechtigten künftig nur der Unterfrachtführer der nach Maßgabe des Scheins Berechtigte und Verpflichtete (ROH. 17 101). Der Ladeschein ist ferner maßgebend, wenn Zahl, Maß oder Gewicht bei Berechnung der Fracht zu grund zu legen sind (§ 656, ROH. 1 199, 12 369). Vorschüsse, die seitens des Frachtführers dem Absender geleistet sind, können, wenn nicht im Ladeschein vermerkt, nicht gegenüber dem Ladescheinberechtigten geltend gemacht werden (vgl. auch § 421 Anm. Ic).

5. Die durch Ladeschein verbriefte Auslieferungsverpflichtung (§ 444 Anm. II) geht jedoch nur auf das infolge der Übernahme von Frachtgut nach den gesetzlichen Vorschriften über den Frachtvertrag Auszuliefernde. Daher nicht notwendig auf Auslieferung des bezeichneten, sondern des übernommenen Guts (§ 445 Anm. IIf). Ebenso z. B., wenn das Gut verloren, gemindert oder beschädigt ist, nicht auf Auslieferung gleichartigen unbeschädigten und ungeminderten Guts, sondern (vgl. RG. 39 156) auf das etwa vorhandene übernommene Gut in jetziger Beschaffenheit zuzüglich des etwa gemäß §§ 429, 430 zu leistenden Schadensersatzes; wenn das Gut nicht

rechtzeitig geliefert ist, auf Lieferung zuzüglich Schadensersatzes für Verspätung. Bei zeitweiliger ohne Verschulden des Absenders eintretender Verhinderung des Antritts oder der Fortsetzung der Reise hat der Ladescheinberechtigte das Recht aus § 428 Abs. 2. In allen diesen und ähnlichen Fällen kann der Frachtführer sein mangelndes Verschulden ebenso gegenüber dem Ladescheinberechtigten wie sonst gegenüber Absender und Empfänger geltend machen (Staub Anm. 5). Wie der Frachtführer nach Vorstehendem unter Umständen mehr als das übernommene Gut oder Ersatz statt des Übernommenen zu leisten hat, so ist er unter Umständen auch nur zur Auslieferung gegen Zahlung von mehr, als im Ladeschein vermerkt ist, verpflichtet. Denn im Ladeschein sollen nur Fracht und Nachnahmen vermerkt werden (§ 445 Abs. 1 Nr. 7), und diese, wenn nicht vermerkt, sind daher vom Ladescheinberechtigten nicht zu zahlen (RG. 44 119, Staub § 450 Anm. 3); nach den allgemeinen für den Frachtvertrag maßgebenden Vorschriften hat aber der Frachtführer unter Umständen das Recht, gewisse Auslagen zu machen oder sonst das Frachtgut mit darauf ruhenden Verpflichtungen zu belasten (vgl. z. B. § 437 Abs. 2 Satz 1). Hiermit muß der Ladescheinberechtigte rechnen; er kann daher nur Auslieferung gegen Zahlung auch jener Auslagen des Frachtführers und gegen Befreiung desselben von den sonst berechtigterweise auf das Gut gelegten Verpflichtungen fordern. Solche zu ersetzende Auslagen sind z. B. die Kosten einer infolge inneren Verderbs notwendig gewordenen Bearbeitung (ROH. 8 411). Wegen derjenigen Forderungen, die der Frachtführer nach Vorstehendem nicht auf Grund des Ladescheins erheben kann, kann er auch kein Pfandrecht gegenüber dem Ladescheinberechtigten ausüben; so z. B. nicht wegen im Ladeschein nicht vermerkter Wertvorschüsse.

6. Bezugnahme im Ladeschein. Nach § 446 Abs. 1 steht der Aufnahme in den Ladeschein die ausdrückliche Bezugnahme im Ladeschein gleich (ROH. 8 416). So kann z. B. im Ladeschein auch auf den Frachtbrief Bezug genommen werden (ROH. 12 369, 17 74, RG. 14 8).

II. **Verhältnis zwischen Frachtführer und Absender (§ 446 Abs. 2).** Hierfür bleiben die Bestimmungen des Frachtvertrags maßgebend. Doch ist mittels der durch Ausstellung eines Ladescheins erfolgten besonderen Verbriefung des Rechts auf Auslieferung des Guts ein Teil der dem Absender nach Inhalt des Frachtvertrags an sich zustehenden Rechte ausgeschieden und besonderen Regeln unterstellt. Insoweit letzteres nicht geschehen, haftet der Frachtführer dem Absender für Einhaltung auch derjenigen Abreden, die nicht in den Ladeschein aufgenommen sind (Bolze 17 Nr. 429).

III. **Verhältnis zwischen Ladescheinsberechtigtem und Absender.** Ist der Ladescheinberechtigte im Einzelfall in der Lage, das aus einer mangelhaften Lieferung für ihn sich ergebende Interesse sowohl auf Grund formalen Rechts gegen den Frachtführer (vgl. jedoch § 445 Anm. IIf) wie auch auf Grund des zu grund liegenden Rechtsverhältnisses zwischen Ladescheinberechtigtem und Absender gegen letzteren geltend zu machen, so hat er die Wahl zwischen beiden Wegen; der Absender kann sich nicht darauf berufen, daß der Ladescheinberechtigte auf Grund des Ladescheins hätte vorgehen können (ROH. 2 330).

§ 447.

Empfangsberechtigung. Verfügungsrecht des Absenders.

Zum Empfange des Gutes legitimirt ist derjenige, an welchen das Gut nach dem Ladeschein abgeliefert werden soll oder auf welchen der Ladeschein, wenn er an Order lautet, durch Indossament übertragen ist.

Der zum Empfange Legitimirte hat schon vor der Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte die Rechte, welche dem Absender in Ansehung der Verfügung über das Gut zustehen, wenn ein Ladeschein nicht ausgestellt ist.

Der Frachtführer darf einer Anweisung des Absenders, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder an einen anderen als den durch den Ladeschein legitimirten

Empfänger auszuliefern, nur Folge leisten, wenn ihm der Ladeschein zurückgegeben wird; verletzt er diese Verpflichtung, so ist er dem rechtmäßigen Besitzer des Ladescheins für das Gut verhaftet.

ADH. Art. 416, 417. **Entw. I** § 421. **Entw. II** § 439.

I. Ladescheinberechtigter.
II. Verfügungsrecht des Ladescheinberechtigten.
III. Verfügungsrecht des Absenders.

I. **Ladescheinberechtigter (§ 447 Abs. 1).** Im § 446 ist er als „Empfänger", in § 447 Abs. 3 Halbs. 1 als „legitimierter Empfänger", in § 447 Abs. 1 und 2 als „zum Empfang Legitimierter", in § 450 als „zur Empfangnahme Legitimierter", in §§ 364, 365 als „legitimierter Besitzer der Urkunde", in § 447 Abs. 3 Halbs. 2 als „rechtmäßiger Besitzer des Ladescheins" bezeichnet. Alle diese Ausdrücke sind gleichbedeutend, denn für den forderungsrechtlichen Anspruch aus dem Ladeschein ist nicht der Besitz, sondern die Berechtigung maßgebend; der Besitz gibt zwar Erleichterungen für die Rechtsverfolgung, dem Besitzer kann aber die Einrede mangelnden Rechts entgegengesetzt werden (§ 364 Anm. IIIa, RG. 17 I 00 JW. 256 [11]), und unter Umständen besteht das Forderungsrecht auch ohne Besitz an der Urkunde (vgl. z. B. § 365 Anm. IV). Der § 447 Abs. 1 bestimmt nur darüber, wem das Forderungsrecht aus dem Ladeschein zusteht, und läßt die Frage eines etwaigen dinglichen Rechts am Frachtgut unberührt (vgl. § 446 Anm. Ib 1). Der § 447 Abs. 1 unterscheidet zwischen dem Fall, daß ein indossierbarer Ladeschein durch Indossament übertragen ist, und dem Fall, daß ein Ladeschein — indossierbar oder nicht — nicht durch Indossament übertragen ist. Ist der Ladeschein nicht durch Indossament übertragen, so ist Ladescheinberechtigter, wen der Ladeschein als Ablieferungsberechtigten nennt, sobald (RG. 28 43) dieser in seinem Verhältnis zum Frachtführer das verbriefte Recht erworben (in der Regel also, sobald er den Ladeschein übergeben erhalten) hat; über den Fall, daß niemand als Ablieferungsberechtigter genannt ist, vgl. § 445 Anm. IId. Ist ein indossierbarer Ladeschein durch Indossament übertragen, so ist nach § 447 Abs. 1 Ladescheinberechtigter, auf wen er so übertragen ist; doch ist diese Bestimmung nicht erschöpfend; genauer bestimmt hierüber § 365, neben welchem der diesen Fall behandelnde Teil des § 447 Abs. 1 überflüssig ist (zust. Düringer-Hachenburg Anm. I); vgl. daher § 365 Anm. I—IV. Hat die Übertragung des Ladescheins durch Prokuraindossament stattgefunden (§ 363 Anm. VIId 4), so bleibt Ladescheinberechtigter der Prokuraindossant, und der Prokuraindossatar ist nur sein durch das Prokuraindossament sich ausweisender unmittelbarer Stellvertreter (RG. 41 117). Dagegen ist Ladescheinberechtigter auch derjenige, der zwar in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung handelt (RG. 17 I 00 JW. 256 [11]). Zulässig ist die Übertragung der Rechte aus dem Ladeschein durch gewöhnliche Abtretung selbst dann, wenn der Ladeschein indossierbar ist (§ 363 Anm. VIId 3, ROH. 25 341); doch sind die Wirkungen der gewöhnlichen Abtretung nicht ganz so weitgehend wie diejenigen einer Übertragung durch Indossament (§ 364 Anm. Ib).

II. **Verfügungsrecht des Ladescheinberechtigten (§ 447 Abs. 2).** Da auf den Ladescheinberechtigten die in §§ 426ff. für den Empfänger gegebenen Vorschriften entsprechend angewendet werden müssen (§ 445 Anm. VII, § 446 Anm. Ia), so hat der Ladescheinberechtigte das in §§ 433—435 dem Empfänger zugewiesene Verfügungsrecht. Der § 447 Abs. 2 gibt dem Ladescheinberechtigten außerdem das bei ladescheinlosem Frachtvertrag dem Absender zustehende Verfügungsrecht (vgl. P. 853); doch verliert nach § 447 Abs. 3 der Absender nicht vollständig sein Verfügungsrecht. Der Ladescheinberechtigte kann insbesondere schon vor Ankunft des Guts am Bestimmungsort die Herausgabe des Guts verlangen (D. 266; abweichend für das Seerecht § 659 Abs. 2).

III. **Verfügungsrecht des Absenders (§ 447 Abs. 3).**

a. **Frachtvertragliches Verfügungsrecht.** Der Absender behält nach § 447 Abs. 3 das ihm nach § 433 Abs. 1 zustehende Verfügungsrecht, jedoch beschränkt dadurch, daß der Frachtführer gegenüber dem jedesmaligen Ladescheinberechtigten verpflichtet ist, den Anweisungen des Absenders nur in dem Fall nachzukommen, daß dem Frachtführer der Ladeschein zurückgegeben

wird. Ob die Rückgabe des Ladescheins durch den Absender oder durch den Ladescheinberechtigten oder durch einen Dritten erfolgt, ist unerheblich. Mithin ist nicht notwendige Voraussetzung, daß bei Ausübung des Verfügungsrechts der Absender Besitzer des Ladescheins ist (dagegen RG. 13 120). Der Absender braucht sich daher gegenüber dem Frachtführer nicht als Ladescheinberechtigter auszuweisen (Lehmann 2 366 Note 3). Einem Ladescheinberechtigten gegenüber, der den Ladeschein zwar nicht zurückgibt, aber seine Zustimmung zur Befolgung der Anweisung des Absenders erklärt, kann der Frachtführer, der dieser Anweisung nachkommt, sich auf die erfolgte Zustimmung berufen; nur ausnahmsweise jedoch auch gegenüber einem späteren Ladescheinberechtigten (§ 446 Anm. Ib 3). Hat der Absender den Ladeschein aus der Hand gegeben, aber gleichwohl ein rechtliches Interesse, die Auslieferung des Guts an den Ladescheinberechtigten zu verhindern, so kann er sich nur durch Arrest oder einstweilige Verfügung helfen (P. 853), falls er solche nach allgemeinen Regeln herbeizuführen imstande ist. Für wen als mittelbaren Besitzer der Frachtführer nach Aushändigung des auf einen Dritten als Berechtigten ausgestellten Ladescheins an den Absender besitzt, vgl. § 440 Anm. Ib 1.

b. **Verfügungsrecht aus anderem Rechtsgrund.** Der § 447 bestimmt nur über das aus den Vorschriften über den Frachtvertrag sich ergebende Verfügungsrecht. Unberührt — ebenso wie durch § 433 (§ 433 Anm. Ia) — bleibt auch durch § 447 ein aus anderem Rechtsgrund etwa herleitbares Verfügungsrecht. So besteht trotz Ausstellung eines Ladescheins und Aushändigung an den Absender das Verfolgungsrecht (KO. § 44) des Absenders (Staub Anm. 4) vorbehaltlich der nach Absendung erworbenen dinglichen Rechte gutgläubiger Dritter (§ 366 Anm. Vc 2; bezüglich des Zurückbehaltungsrechts vgl. § 369 Anm. VId). Ebenso trotz Übergabe des Ladescheins an den nach Inhalt des Ladescheins berechtigten Käufer oder Einkaufskommittenten des Absenders (vgl. Staub Erk. zu § 382 Anm. 86). Rang zwischen Verfolgungsrecht und Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht des Frachtführers vgl. § 410 Anm. IVa 2β, § 369 Anm. VId.

c. **Haftung des Frachtführers gegenüber dem Ladescheinberechtigten.** Vgl. § 433 Anm. IId.

§ 448.

Ablieferungspflicht.

Der Frachtführer ist zur Ablieferung des Gutes nur gegen Rückgabe des Ladescheins, auf dem die Ablieferung des Gutes bescheinigt ist, verpflichtet.

ADH. Art. 418. **Entw. I** § 422. **Entw. II** § 440.

Der § 418 unterscheidet nicht zwischen indossierbarem (an Order gestellten) und nichtindossierbarem Ladeschein. Für ersteren ist dieselbe Vorschrift bereits in § 364 Abs. 3 gegeben. Näheres vgl. § 364 Anm. IV; es ist Zug um Zug zu leisten (P. 853, 1249). In der Regel braucht die Rückgabe des Ladescheins nicht vor vollendeter Ausladung zu geschehen (RG 7 IV 04 OLGRspr. 8 391). Über den Begriff der Ablieferung vgl. § 377 Anm. IIIa, § 429 Anm. Ia 3. — Über Aufgebot eines vernichteten oder abhanden gekommenen indossierbaren Ladescheins vgl. § 365 Anm. IVb. — Ein auf den Namen lautender nichtindossierbarer Ladeschein ist nicht aufbietbar (Seuffert[8] CPO. § 1003 Anm. 2 ζ, Sydow-Busch[10] CPO. § 1004 Anm. 1, Düringer-Hachenburg Anm. II 1; abweichend Lehmann § 447 Nr. 4, § 448 Nr. 3, Staub § 448 Anm. 2). Behauptet derjenige, auf dessen Namen er ausgestellt war oder der von letzterem das verbriefte Recht mit Wirkung gegen den Frachtführer erworben hat (vgl. z. B. BGB. § 407), daß er zur Rückgabe des Ladescheins außerstande sei, so kann von ihm der Frachtführer außer einer Empfangsbescheinigung über Ablieferung des Guts das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis verlangen, daß die Auslieferungsschuld erloschen sei (BGB. § 371 Satz 2) und muß sich hiermit begnügen. Steht jedoch nicht fest, daß der Ladeschein demjenigen, auf dessen Namen er lautet, von demjenigen, an den der Frachtführer den Ladeschein ausgehändigt hatte, übergeben worden war, so ist auch des letzteren (in der Regel also: des Absenders) Zustimmung beizubringen (ähnlich Staub Anm. 2, Düringer-Hachenburg Anm. II 1).

§ 449.

Aufeinanderfolgende Frachtführer.

Im Falle des § 432 Abs. 1 wird der nachfolgende Frachtführer, der das Gut auf Grund des Ladescheins übernimmt, nach Maßgabe des Scheines verpflichtet.

ADH. — **Entw. I** § 423. **Entw. II** § 441.

I. **Im Fall des § 432 Abs. 1.** Vgl. § 432 Anm. Ia 3. Unerheblich ist, ob der nachfolgende Frachtführer ohne Frachtbrief oder auf Grund eines nur für seine Beförderungsstrecke ausgestellten neuen Frachtbriefs oder ob er auf Grund des ursprünglichen Frachtbriefs befördert. Über Beförderung auf einer anschließenden Binnenstrecke auf Grund Seekonnossements vgl. § 432 Anm. IIIa 1.

II. **Übernahme auf Grund des Ladescheins.** Da der Ladeschein nicht, wie der Frachtbrief, das Gut begleitet, so ist zweifelhaft, welcher Tatbestand gemeint ist. Nicht erforderlich ist, daß der neue Frachtführer seine Unterschrift mit auf den Ladeschein setzt. Genügend ist vielmehr seine mündliche oder stillschweigende Willenserklärung, das Gut auf Grund des Scheins übernehmen zu wollen. Diese Willenserklärung braucht nicht gegenüber dem Ladescheinberechtigten abgegeben zu werden; vielmehr genügt Abgabe gegenüber dem vorhergehenden Frachtführer. Damit eine solche Willenserklärung als stillschweigend abgegeben gelten kann, ist vor allem nötig, daß der nachfolgende Frachtführer bei Übernahme des Guts Kenntnis vom Vorhandensein und Inhalt des Ladescheins erhalten hat. Diese Kenntnis kann z. B. dadurch vermittelt werden, daß die vom Absender unterschriebene Abschrift des Ladescheins (§ 445 Abs. 3) das Gut begleitet hat. Unter Umständen auch dadurch, daß ein Frachtbrief, in dem auf einen Ladeschein verwiesen ist, mit dem Gut übernommen worden ist.

III. **Verpflichtung nach Maßgabe des Scheins.** Über den Inhalt dieser Verpflichtung vgl. § 446 Anm. Ib. Übernimmt ein nachfolgender Frachtführer das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief (§ 432 Abs. 2), aber gleichzeitig auch auf Grund des Ladescheins (oben Anm. II), so haftet er dem Ladescheinberechtigten nach Maßgabe n u r des Ladescheins (§ 449), dem Absender jedoch darüber hinaus auch nach Maßgabe des Frachtbriefs (§§ 446 Abs. 2, 432 Abs. 2).

§ 450.

Übergabe des Ladescheins.

Die Uebergabe des Ladescheins an denjenigen, welcher durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes legitimirt wird, hat, wenn das Gut von dem Frachtführer übernommen ist, für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen wie die Uebergabe des Gutes.

ADH. — **Entw. I** § 424. **Entw. II** § 442.

I. **Voraussetzungen für den Eintritt der in § 450 bestimmten dinglichen Wirkung.**

a. **Übergabe des Ladescheins an den durch den Schein zur Empfangnahme des Guts Legitimierten.**

1. Ü b e r g a b e des Ladescheins. Vgl. § 424 Anm. Ic 1. Nicht nur die Übergabe durch den Absender, sondern auch die Übergabe durch den Frachtführer hat diese Wirkung (§ 424 Anm. Ic 3).

2. D u r c h den S c h e i n z u r E m p f a n g n a h m e d e s G u t s L e g i t i m i e r t e r. Vgl. § 447 Anm. I, § 424 Anm. Ic 2. Legitimiert ist auch der im Schein als Ablieferungsberechtigter Genannte, sowohl beim nicht an Order gestellten wie auch beim an Order gestellten Ladeschein. Mithin hat auch die Übergabe des n i c h t i n d o s s i e r t e n Ladescheins, wenn sie an den im Schein bezeichneten A b l i e f e r u n g s b e r e c h t i g t e n erfolgt, die in § 450 bestimmte Wirkung (ebenso Düringer-Hachenburg Anm. II, Goldmann Nr. 2; abweichend Staub Anm. 1).

3. Ladeschein. Vgl. § 444 Anm. II, V. Im § 450 ist kein Unterschied gemacht zwischen einem an Order gestellten und einem nur auf dem Namen des Ablieferungsberechtigten lautenden Ladeschein (D. 266).

b. **Übernahme des Guts durch den Frachtführer.** Vgl. § 424 Anm. I b.

II. **Die eintretenden Wirkungen.** Vgl. § 424 Anm. II.

III. Nicht-Gewerbsfrachtführer als Beförderer (§ 451).

§ 451.

Die Vorschriften der §§ 426 bis 450 kommen auch zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, der nicht Frachtführer ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern auszuführen übernimmt.

ADH. Art. 420. **Entw. I** § 425. **Entw. II** § 443.

I. **Kaufmann, der nicht Frachtführer ist, im Betrieb seines Handelsgewerbes.** Durch diese Merkmale unterscheidet sich § 451 von der Begriffsbestimmung des Frachtführers, für den gewerbsmäßige Übernahme solcher Geschäfte gefordert ist (§ 425 Anm. II a, b). Nicht die Bestimmungen der §§ 426—450, sondern nur die Vorschriften des BGB. über den Werkvertrag (§ 425 Anm. I a 1) finden daher Anwendung, wenn ein Nichtkaufmann, oder wenn zwar ein Kaufmann, aber nicht im Betrieb seines Handelsgewerbes, eine Beförderung von Gütern zu Land oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern auszuführen übernimmt. Kaufmann vgl. § 1 Anm. IV, § 343 Anm. II b 1. Im Betrieb seines Handelsgewerbes vgl. § 343 Anm. II c. So z. B. ein Pferdehändler, der die Beförderung des Pferdes eines anderen übernimmt (ROH. **13** 135). Der § 451 entspricht den §§ 406, 415.

II. **Übernahme der Ausführung einer Beförderung von Gütern zu Land oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern.** Vgl. § 425 Anm. II c—h.

IV. Deutsche staatliche Postverwaltungen (§ 452).

§ 452.

Auf die Beförderung von Gütern durch die Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten finden die Vorschriften dieses Abschnitts keine Anwendung. Die bezeichneten Postverwaltungen gelten nicht als Kaufleute im Sinne dieses Gesetzbuchs.

ADH. vgl. Art. 421 Abs. 2. **Entw. I** § 426. **Entw. II** § 444.

I. **Güterbeförderung durch Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten.**

a. **Allgemeines.** Der § 452 erklärt die Bestimmungen über den Frachtvertrag als nicht auf sie anwendbar, da ein Bedürfnis für die Anwendung dieser Bestimmungen nicht mehr bestehe, nachdem durch das Reichspostgesetz und die auf Grund desselben erlassene Postordnung eingehende Regelung erfolgt sei (D. 266; vgl. § 425 Anm. I b 5). Die Postordnung hat die Eigenschaft und Wirksamkeit einer allgemeinen Rechtsnorm und geht daher für das von ihr geordnete Sondergebiet den Vorschriften des HGB. vor (RG. **43** 99). Auf Güterbeförderung durch andere öffentliche Beförderungsanstalten (D. 266), auch die von öffentlichrechtlichen Verbänden betriebenen, können dagegen die Vorschriften über das Frachtgeschäft Anwendung finden. So z. B. auf die Güterbeförderung durch Eisenbahnen nach näherer Maßgabe der §§ 453 ff. So auch auf Güterbeförderung durch Privatpostanstalten oder etwa als Kaufmann zu erachtende außerdeutsche staatliche Postverwaltungen. Über den Zeitungsdebit der Post vgl. § 425 Anm. II e 5. Über Posthalter vgl. § 425 Anm. II e 3.

Über die Frage, ob die deutschen staatlichen Postverwaltungen Frachtführer im Sinn des § 407 sind, vgl. 407 Anm. II i.

b. **Beispiele besonderer für den Postverkehr geltender Regeln.** Der als Empfänger Bezeichnete hat keinen selbständigen Auslieferungsanspruch gegenüber der Post (RG. 43 99, 60 27). Über die Besonderheiten bezüglich des Verfügungsrechts vgl. Leutke Das Verfügungsrecht beim Frachtgeschäft unter besonderer Berücksichtigung des Postfrachtgeschäfts, Berlin 1905. Der Absender behält das Verfügungsrecht über die Sendung bis zur wirklichen Ablieferung an den Empfänger (RG. 43 100, 48 257). Auch nach Aushändigung der Postpaketadresse an den Empfänger (OLG. Hamburg 14 III 02 OLGRspr. 6 92). Hat die Post die Sendung an die Zollbehörde vorschriftsmäßig abgegeben, so tritt die Zollbehörde zwar nicht in den Beförderungsvertrag ein, haftet jedoch dem Absender in gleichem Umfang wie die Post für jedes Verschulden (RG. 48 257). Ersatzansprüche gegen die Post auf Grund des Beförderungsvertrags können nur vom Absender, und, auch hinsichtlich eines Versehens bei Auslieferung nicht vom Empfänger geltend gemacht werden (RG. 29 V 06 JW. 482[47]). Selbst dann, wenn dem Empfänger ein verschließbares Abholungsfach überlassen ist (RG. 29 V 06 JW. 482[47]). Die Zahlung der Post an den Empfänger im Postanweisungsverkehr geschieht für Rechnung des Absenders RG. 60 28). Die auf dem Postabschnitt stehenden Bemerkungen kommen für die Post nur insoweit in Betracht, als sie bei Unbestellbarkeit der Anweisung zur Ermittelung der Person dienen können, an die der eingezahlte Betrag zurückzuzahlen ist (RG. 41 107, 60 28). Bei Sendungen, die auf Grund der Eintragung in ein Posteinlieferungsbuch zur Beförderung angenommen sind, ist Absender im Verhältnis zur Post derjenige, auf dessen Namen das Einlieferungsbuch ausgefertigt ist (vgl. RG. 41 108). Die Post haftet, wenn Schaden dadurch entsteht, daß sie schuldhaft Postanweisungen entgegennimmt, deren Inhalt nicht mit der Eintragung im Einlieferungsbuch übereinstimmt (RG. 41 109).

II. **Mangelnde Kaufmannseigenschaft der Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten.** D. 266 bemerkt: „Zugleich ist durch ausdrückliche Bestimmung klargestellt, daß die bezeichneten Postverwaltungen überhaupt nicht als Kaufleute im Sinne des HGB. anzusehen sind. Die letztere Frage war bisher bestritten, und gerade aus der Vorschrift des Art. 421 Abs. 1 ADH. („Die Bestimmungen dieses Abschnitts finden auch Anwendung auf Frachtgeschäfte von Eisenbahnen und anderen öffentlichen Transportanstalten") wurde ein Grund für ihre Bejahung entnommen. In Wirklichkeit entspricht es jedoch nicht dem Wesen und den Aufgaben der Post, wenn ihr Betrieb, für welchen der Erwerbszweck keineswegs das Entscheidende ist, als ein kaufmännisches Gewerbe behandelt wird." Hiernach ist die Post auch in Ansehung der von ihr betriebenen Personenbeförderung nicht Kaufmann, trotz § 1 Abs. 2 Nr. 5.

Siebenter Abschnitt.

Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

§ 453.

Beförderungspflicht.

Eine dem öffentlichen Güterverkehre dienende Eisenbahn darf die Uebernahme von Gütern zur Beförderung nach einer für den Güterverkehr eingerichteten Station innerhalb des Deutschen Reichs nicht verweigern, sofern

1. der Absender sich den geltenden Beförderungsbedingungen und den sonstigen allgemeinen Anordnungen der Eisenbahn unterwirft;
2. die Beförderung nicht nach gesetzlicher Vorschrift oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung verboten ist;

3. die Güter nach der Eisenbahnverkehrsordnung oder den gemäß der Verkehrsordnung erlassenen Vorschriften und, soweit diese keinen Anhalt gewähren, nach der Anlage und dem Betriebe der betheiligten Bahnen sich zur Beförderung eignen;
4. die Beförderung mit den regelmäßigen Beförderungsmitteln möglich ist;
5. die Beförderung nicht durch Umstände, die als höhere Gewalt zu betrachten sind, verhindert wird.

Die Eisenbahn ist nur insoweit verpflichtet, Güter zur Beförderung anzunehmen, als die Beförderung sofort erfolgen kann. Inwieweit sie verpflichtet ist, Güter, deren Beförderung nicht sofort erfolgen kann, in einstweilige Verwahrung zu nehmen, bestimmt die Eisenbahnverkehrsordnung.

Die Beförderung der Güter findet in der Reihenfolge statt, in welcher sie zur Beförderung angenommen worden sind, sofern nicht zwingende Gründe des Eisenbahnbetriebs oder das öffentliche Interesse eine Ausnahme rechtfertigen.

Eine Zuwiderhandlung gegen diese Vorschriften begründet den Anspruch auf Ersatz des daraus entstehenden Schadens.

ADH. Art. 422. **Entw. I** § 427. **Entw. II** § 445.

I. Beförderung auf Eisenbahnen.
II. Mehrstaatliches Übereinkommen über Eisenbahnfrachtverkehr.
  a. Die maßgebenden Verträge.
  b. Örtliches Geltungsgebiet.
  c. Sachliches Geltungsgebiet.
  d. Verhältnis zu HGB. und VerkO.
III. Eisenbahnverkehrsordnung.
  a. Die jetzt geltende Fassung.
  b. Die VerkO. ist Rechtsverordnung.
  c. Änderungen der VerkO.
  d. Ergänzende und abändernde Bestimmungen anderer Behörden als des Bundesrats.
  e. Sachlicher Geltungsbereich.
IV. Dem öffentlichen Güterverkehr dienende Eisenbahn.
  a. Eisenbahn.
  b. Dem öffentlichen Güterverkehr dienend.
V. Zwang zum Abschluß von Frachtverträgen.
  a. Verhältnis des HGB. § 453 Abs. 1 zur VerkO.
  b. Nach einer für den Güterverkehr eingerichteten Station innerhalb des Deutschen Reichs.
  c. Übernahme von Gütern zur Beförderung.
  d. Ausnahmen vom Abschlußzwang.
  e. Der Beförderung vorangehende Verwahrung.
VI. Verbot von Begünstigungen.
  a. Reihenfolge der Beförderung.
  b. Preis der Beförderung.
VII. Folge der Zuwiderhandlung gegen Abs. 1—3.

I. **Überschrift des Abschnitt VII: Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.** Im § 472 ist eine Vorschrift über die Personenbeförderung aufgenommen; hierin liegt der Grund, weshalb die auf die Eisenbahn bezüglichen Vorschriften nicht, wie im ADH., einen Unterabschnitt der Bestimmungen über das Frachtgeschäft, sondern einen besonderen Abschnitt unter entsprechender Überschrift bilden (D. 267). Ob auch andere Vorschriften des Abschnitts 7 auf Personenbeförderung anwendbar sind, vgl. § 472 Anm. Ib.

II. **Mehrstaatliches Übereinkommen über den Eisenbahn-Frachtverkehr.**

a. **Die maßgebenden Verträge.** Das ursprüngliche Übereinkommen (Berner Vertrag; Hauptvertrag und mehrere Zusatzverträge und Anlagen) v. 14. Oktober 1890 (RGBl. **92** 793) ist am 1. Januar 1893 in Kraft getreten. Es ist demnächst ergänzt worden durch Zusatzerklärung v. 20. September 1893 (RGBl. **96** 707), Zusatzvereinbarung v. 16. Juli 1895 (RGBl. **95** 465, **96** 711, 762), Zusatzübereinkommen v. 16. Juni 1893 (RGBl. **01** 295). Näheres bei Eger, Internat. Übereink. S. XV ff., von der Leyen in ZHR. **49** 381 ff. — Erleichternde Vorschriften gelten für den Verkehr Deutschlands mit Belgien (RGBl. **94** 113, 403), Luxemburg (RGBl. **93** 189, vgl. **94** 403), Niederlande (RGBl. **94** 113), Österreich-Ungarn (RGBl. **02** 137), Schweiz (RGBl. **02** 4).

b. **Örtliches Geltungsgebiet.** Die ursprünglichen vertragschließenden Staaten waren Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg, Niederlande, Österreich-Ungarn, Rußland, Schweiz. Beigetreten ist demnächst Dänemark (RGBl. **97** 723).

c. **Sachliches Geltungsgebiet.** Maßgebend hierfür sind die folgenden Bestimmungen:

Berner Vertrag Art. 1 Abs. 1. „Das gegenwärtige internationale Übereinkommen findet Anwendung auf alle Sendungen von Gütern, welche auf Grund eines durchgehenden Frachtbriefs aus dem Gebiete eines der vertragschließenden Staaten in das Gebiet eines andern vertragschließenden Staates auf denjenigen Eisenbahnstrecken befördert werden, welche zu diesem Zwecke in der anliegenden Liste, vorbehaltlich der in Artikel 58 vorgesehenen Änderungen, bezeichnet sind."

Schlußprotokoll zum Berner Vertrag, Nr. I. „Inbetreff des Artikels 1 besteht darüber allseitiges Einverständnis, daß Sendungen, deren Abgangs- und Endstation in dem Gebiete desselben Staates liegen, nicht als internationale Transporte zu betrachten sind, wenn dieselben auf einer Linie, deren Betrieb einer Verwaltung dieses Staats angehört, das Gebiet eines fremden Staats nur transitieren.

Im weiteren ist man darüber einverstanden, daß die Bestimmungen dieses Übereinkommens keine Anwendung finden, wenn eine Sendung von irgend einer Station eines Staatsgebiets entweder nach dem Grenzbahnhofe des Nachbarstaats, in welchem die Zollbehandlung erfolgt, oder nach einer Station stattfindet, welche zwischen diesem Bahnhofe und der Grenze liegt; es sei denn, daß der Absender für eine solche Sendung die Anwendung des gegenwärtigen Übereinkommens verlangt. Diese Bestimmung gilt auch für Transporte von dem genannten Grenzbahnhofe oder einer der genannten Zwischenstationen nach Stationen des anderen Staates."

Zusatzübereinkommen vom 16. Juni 1898 Art. 3 Nr. I (Zusatz zu Berner Schlußprot. Nr. I Abs. 1). „Wenn die Transitstrecken nicht dem Betrieb einer Verwaltung dieses Staats angehören, so können die beteiligten Regierungen durch Sonderabkommen vereinbaren, daß solche Transporte gleichwohl nicht als internationale zu betrachten sind". Ein solches Sonderabkommen ist für den deutsch-österreichischen Verkehr am 12. April 1902 geschlossen (RGBl. 02 153).

Hiernach hat das mehrstaatliche Übereinkommen Geltung weder für den Innenverkehr eines Staats noch für den zwischenstaatlichen Personenverkehr.

d. **Verhältnis des mehrstaatlichen Übereinkommens zum Handelsgesetzbuch und zur Eisenbahnverkehrsordnung.** Soweit das mehrstaatliche Übereinkommen anwendbar ist (oben zu b, c), geht es dem HGB. und der Verkehrsordnung vor (RG. 42 26). Falsche Auslegung von Vorschriften des Übereinkommens ist durch Revision nur dann angreifbar, wenn im Einzelfall ein nach deutschem Recht zu entscheidender Tatbestand vorliegt, nicht aber auch dann, wenn im Einzelfall das Übereinkommen nur, weil es im Ausland gilt, angewendet worden ist (RG. 57 144).

III. **Eisenbahnverkehrsordnung.**

a. **Die jetzt geltende Fassung** ist die im 1. Januar 1900 in Kraft getretene Eisenbahnverkehrsordnung v. 26. Oktober 1899 (RGBl. 557ff.; entsprechend für Bayern v. 16. Dezbr. 1899, Verordnungs- u. Anzeige-Bl. f. d. Bayr. Verkehrsanstalten 1899 Nr. 81) mit späterer Änderung des § 20 durch Bek. v. 3. Febr. 1904 (RGBl. 29), des § 21 durch Bek. v. 25. März 1904 (RGBl. 143), der §§ 42, 43 durch Bek. v. 18. Juni 1902 (RGBl. 236), des § 44 durch Bek. v. 6. Juli 1904 (RGBl. 253), des § 51 durch Bek. v. 4. Febr. 1905 (RGBl. 7) und zahlreichen Änderungen und Ergänzungen der Anlage B zu § 50 (§ 467 Anm. II a). — Als Ganzes wird die Verkehrsordnung für gültig zu erachten sein (dagegen Laband DJZ. 5 509, Staatsrecht[4] 3 § 74 S. 121ff., der angesichts der neuen Eigenschaft der Verkehrsordnung als Rechtsnorm die Zuständigkeit des Bundesrats und der bayrischen Behörde, soweit sie auf Art. 45 Reichsverfassung gestützt wird, mit Recht bestreitet), denn die Zuständigkeit des Bundesrats folgt aus Reichsverfassung Art. 7 Nr. 2 in Verbindung mit der Verweisung auf die Verkehrsordnung im HGB. Daß in der Bekanntmachung des Reichskanzlers, durch welche der die Verkehrsordnung enthaltende Beschluß des Bundesrats bekannt gemacht wird, angegeben ist, jener Beschluß sei „auf Grund des Artikels 45 der Reichsverfassung" gefaßt, hat nicht seine Ungültigkeit zur Folge, wenn er zwar nicht auf Grund des Art. 45, aber auf Grund des Art. 7 Nr. 2 zulässig war. Der bekanntgegebene Beschluß des Bundesrats ent-

hält keine Beschränkung dahin, daß sein Inhalt nicht für den bayrischen Gebietsteil gelten solle, und brauchte keine solche Beschränkung zu enthalten, da Art. 7 kein dem Art. 46 Abs. 2 entsprechendes Sonderrecht für Bayern enthält; hieraus würde folgen, daß die Verkehrsordnung zwar auch in Bayern gilt, aber auf Grund des Beschlusses des Bundesrats, nicht auf Grund der besonderen bayrischen Verordnung, welche letztere vielmehr als ungültig zu erachten ist. Im Gegensatz zu Vorstehendem bemerkt die D. 269, es sei, außer daß die VerkO. künftig die Eigenschaft einer Rechtsordnung habe (unten zu b), an den Grundlagen, auf denen die VerkO. nach den Vorschriften der Reichsverfassung beruht, durch das HGB. nichts geändert. — Unzweckmäßig aber war es, Rechtsnormen über denselben Gegenstand an zwei verschiedenen Orten, teils im HGB., teils in der VerkO., zu geben und an letzterem Ort die Bestimmungen des HGB. teilweise zu wiederholen, indessen häufig mit kleinen Abweichungen. Diese Fassung der VerkO. beruht wohl auf dem Bestreben, möglichste Übereinstimmung mit dem Berner Vertrag herbeizuführen; andererseits hat aber diese Art der Regelung zur Folge, daß in außerordentlich zahlreichen Fällen Gültigkeit oder Tragweite der Vorschriften der VerkO. zweifelhaft ist.

b. **Die VerkO. ist Rechtsverordnung.** Unter Änderung des früheren Rechts ist ihr diese Bedeutung beigelegt, da ihren Bestimmungen in den §§ 454, 471 innerhalb gewisser Grenzen der Vorrang vor den allgemeinen Vorschriften des Abschnitts 6 Buch III HGB. eingeräumt, auch sonst mehrfach auf ihre Bestimmungen zur Ergänzung der gesetzlichen Vorschriften verwiesen und jede Vereinbarung, die mit der Verkehrsordnung in Widerspruch steht, für nichtig erklärt ist (D. 269). Durch die Vorschrift des § 472, der bezüglich der Personenbeförderung gleichfalls auf die Verkehrsordnung verweist, ist die einheitliche Bedeutung der letzteren in allen ihren Teilen außer Zweifel gestellt (D. 269). Jetzt gilt daher die Verkehrsordnung nicht mehr, wie früher, nur insoweit, wie sie Bestandteil des einzelnen Frachtvertrags geworden ist (D. 267), enthält vielmehr unmittelbar zur Anwendung kommende Rechtssätze (D. 268). Aus der Eigenschaft der Verkehrsordnung als Rechtsverordnung folgt, daß etwaige gegen die Bestimmungen des siebenten Abschnitts des HGB. Buch III verstoßende Vorschriften der VerkO. nichtig sind (§ 471 Anm. IIc). Ebenso, daß auf Verletzung ihrer Vorschriften das Rechtsmittel der Revision gestützt werden kann (D. 269, vgl. RG. 15 147). — Die VerkO., insbesondere deren Anlage über bedingungsweise zur Beförderung zugelassene Gegenstände, hat nicht die Eigenschaft eines auf Schadensverhütung abzielenden Polizeigesetzes (RG. 15 156).

c. **Änderungen der Verkehrsordnung.** Indem das HGB. auf die Verkehrsordnung verweist, nimmt es nicht auf die bei Verkündung des HGB. in Kraft gewesene, sondern auf die jeweilig in Kraft befindliche Bezug (ebenso Staub Anm. 3). Die Zweiteilung der Rechtsvorschriften in einige in das Gesetz und einige in die von der Verwaltungsbehörde erlassene Verordnung aufgenommene kann nur den Zweck haben, die letzteren leichter änderbar zu machen; dieser Zweck aber würde nicht erreicht, wenn das Gesetz nicht auf die jeweilig in Geltung befindliche Fassung der Verwaltungsanordnung verwiese. Die zurzeit in Kraft befindliche Verkehrsordnung v. 26. Okt. 1899 ist erst nach Zustandekommen des HGB. beschlossen worden; trotzdem ist sie die maßgebende (oben zu a). Eine neue Fassung der VerkO. ist in Vorbereitung.

d. **Die von anderen Behörden als dem Bundesrat erlassenen, ergänzenden und abändernden Bestimmungen zur Verkehrsordnung.** Auf die Zulässigkeit derartiger Bestimmungen verweist die Verkehrsordnung an mehreren Stellen, z. B. Eingangsbestimmungen Abs. 2, 3, § 7 Abs. 1, § 21 Abs. 6 (Fassung v. 25 III 04 RGBl. 143), § 30 Abs. 5, § 32 Abs. 7, § 51 Abs. 2 (Fassung v. 4 II 05 RGBl. 7), § 52 Abs. 2, § 63 Abs. 3, § 68 Abs. 1. Die D. 269 bemerkt: „Auch die in den einleitenden Vorschriften der Verkehrsordnung gewährte Möglichkeit, unter besonderen Voraussetzungen abweichende Bestimmungen zu treffen, bleibt, vorbehaltlich der aus den zwingenden Vorschriften des Entwurfs (§ 463 [jetzt § 471]) sich ergebenden Schranken unberührt." Wird die Verkehrsordnung auf diesem Weg geändert, so können die ursprünglichen, so geänderten Vorschriften nicht mehr zur Anwendung gebracht werden. Zweifelhaft aber ist, welche Kraft den neuen, ändernden Vorschriften innewohnt.

Es wird wohl nicht angenommen werden können, daß auch alle jene Erlasse untergeordneter Behörden die Eigenschaft der Verkehrsordnung als einer den allgemeinen Vorschriften des HGB. über Frachtverträge vorgehenden Rechtsverordnung teilen (ebenso Eger VerkO. S. 9, 158), zumal das HGB. zwischen „Eisenbahnverkehrsordnung" einerseits und, „gemäß der Verkehrsordnung erlassene Vorschriften" (§ 453 Abs. 1 Nr. 3) „Tarif" (§ 459 Nr. 1, 3, 6, §§ 461, 470), „Festsetzung der Eisenbahn" (§ 461) andererseits unterscheidet. — Verweist das HGB. auf Vorschriften der Verkehrsordnung über einen bestimmten Gegenstand, und verweist die Verkehrsordnung wiederum nur auf hierauf bezügliche Bestimmungen untergeordneter Behörden, so enthält eben die Verkehrsordnung selbst keine Vorschriften über diesen Gegenstand, und die Bestimmungen der anderen Behörden gelten nur, soweit sie im Einzelfall Inhalt des Frachtvertrags geworden sind. — Auch das Umgekehrte kommt vor, daß nämlich bezüglich eines bestimmten Gegenstands das HGB. nur auf den Tarif verweist, (§ 459 Nr. 1, 3, § 461), die VerkO. aber bezüglich desselben Gegenstands auf die Verkehrsordnung und den Tarif verweist und dann selbst auf jenen Gegenstand bezügliche Vorschriften gibt (§ 459 Anm. Id, § 461 Anm. IIb). Die so gegebenen Vorschriften sind als gültig zu erachten (dagegen Eger VerkO. § 77 Anm. 420), da es trotz der auffälligen Fassungsverschiedenheit zwischen § 459 Nr. 1, 3 und § 459 Nr. 6 nicht als im HGB. beabsichtigt angesehen werden kann, die Zuständigkeit des Bundesrats in den fraglichen Beziehungen auszuschließen, vielmehr wohl nur ein Fassungsfehler vorliegt. — Diejenigen Verordnungen untergeordneter Behörden, auf die das HGB. unmittelbar verweist, sind Rechtsverordnung wie die Verkehrsordnung; nur ist § 471 Abs. 2 nicht auf sie erstreckt. — Nicht Teil der Verkehrsordnung im Sinn des HGB. sind auch die zu den einzelnen Paragraphen der Verkehrsordnung erlassenen „Allgemeinen Zusatzbestimmungen" der Generalkonferenz der deutschen Eisenbahnverwaltungen.

e. **Sachlicher Geltungsbereich** der Verkehrsordnung. Hierfür ist maßgebend VerkO. Eingangsbestimmungen Abs. 1:

„Die Eisenbahn-Verkehrsordnung findet Anwendung auf die dem öffentlichen Verkehre dienenden Eisenbahnen Deutschlands mit Ausnahme der Bahnunternehmungen, welche weder zu den Haupteisenbahnen im Sinne der Betriebsordnung noch zu den Nebeneisenbahnen im Sinne der Bahnordnung gehören (Kleinbahnen). Auf den internationalen Verkehr findet die Verkehrsordnung nur insoweit Anwendung, als derselbe nicht durch besondere Bestimmungen geregelt ist."

IV. **Dem öffentlichen Güterverkehr dienende Eisenbahn.** Dies Merkmal ist in §§ 453 und 454 ausdrücklich hervorgehoben; aber auch die übrigen Bestimmungen des Abschnitts 7, soweit sie sich auf Güterverkehr beziehen, sind nur auf Eisenbahnen anwendbar, die dem öffentlichen Güterverkehr, und soweit sie sich auf Personenverkehr beziehen, nur auf Eisenbahnen, die dem öffentlichen Personenverkehr dienen (vgl. § 473 Abs. 1: „dem öffentlichen Verkehre").

a. **Eisenbahn.** Hierzu gehören sowohl diejenigen Bahnen, auf welche die VerkO. Anwendung findet (nämlich Haupteisenbahnen im Sinn der Betriebsordnung und Nebeneisenbahnen im Sinn der Bahnordnung, VerkO. Eingangsbestimmungen Abs. 1), wie auch Kleinbahnen (§ 473). Auch mit anderer als Dampfkraft betriebene Bahnen (RG. 7 43), z. B. Pferdebahnen (ROH. 21 237, RG. 2 9) oder elektrische Bahnen. Auch unter der Erde betriebene (RG. 13 19) oder Schwebebahnen (RBA. 8 X 04 EisenbEntsch. 21 279). Eisenbahn ist jedes „Unternehmen, gerichtet auf wiederholte Fortbewegung von Personen oder Sachen über nicht ganz unbedeutende Raumstrecken auf metallener Grundlage, welche durch ihre Konsistenz, Konstruktion und Glätte den Transport großer Gewichtsmassen bezw. die Erzielung einer verhältnismäßig bedeutenden Schnelligkeit der Transportbewegung zu ermöglichen bestimmt ist, und durch diese Eigenart in Verbindung mit den außerdem zur Erzeugung der Transportbewegung benutzten Naturkräften bei dem Betrieb des Unternehmens auf derselben eine verhältnismäßig gewaltige Wirkung zu erzeugen fähig ist" (RG. 1 252, RG. 24 IV 02 EisenbEntsch. 19 61). Unerheblich ist, ob die Schienen aus Eisen oder einem anderen, eine schnelle Fortbewegung gestattenden Stoff bestehen (abw. Kollmann EisenbEntsch. 20 91). Keine Eisenbahn ist der erst im Bau begriffene Bahnkörper (RG. 42 238); doch wird er

zur Eisenbahn, sobald er befahren wird, auch schon bevor die Bahn polizeilich abgenommen und dem öffentlichen Verkehr übergeben ist (ROH. 21 244). Keine Eisenbahn sind die zu einem Dampfkran gehörenden Schienen von geringer Länge, auf denen der Dampfkran von einer Stelle zur anderen bewegt werden kann (ROH. 13 373). Keine Eisenbahn ist ein Kraftwagenbetrieb, bei welchem die Wagen nicht auf Schienen, sondern auf der gewöhnlichen Straße laufen, auch wenn die Kraftzuführung durch einen festliegenden Draht erfolgt (RBA. 8 X 04 EisenbEntsch. 21 279). — Wenngleich der § 453 die Eisenbahn nicht vom Gesichtspunkt der Betriebsgefahr, sondern vom Gesichtspunkt des tatsächlichen Alleinhandels erwähnt (Coermann EisenbEntsch. 22 205), ist doch die Bestimmung des § 453 nicht auch auf andere Fälle als den einer dem öffentlichen Güterverkehr dienenden Eisenbahn unmittelbar anwendbar. Inwieweit eine entsprechende Anwendung auf andere Fälle des Alleinhandels geboten, vgl. § 425 Anm. III a.

b. **Dem öffentlichen Güterverkehr dienend.** Dem Güter-, nicht nur dem Personenverkehr muß die Eisenbahn regelmäßig dienen. In welchen Fällen die Beförderung von Reisegepäck eine Güterbeförderung enthält, vgl. § 425 Anm. II f. Dem öffentlichen Güterverkehr muß sie dienen. Nicht hierher gehört daher z. B. eine zum Zweck des Bahnbaus eingerichtete Arbeitsbahn (RG. 2 38) oder das private Anschlußgeleise einer einzelnen Fabrik (RG. 7 43). Die Eisenbahn verliert die Eigenschaft einer dem öffentlichen Güterverkehr dienenden, wenn sie letzterem auf längere Zeit entzogen wird, z. B. während eines Kriegs (ROH. 21 60).

V. **Zwang zum Abschluß von Frachtverträgen.**

a. **Verhältnis des HGB. § 453 Abs. 1 zur Verkehrsordnung.**

1. Verkehrsordnung § 6 lautet:

„(1) Die Beförderung von Personen und Sachen einschließlich lebender Tiere kann nicht verweigert werden, sofern

1. den geltenden Beförderungsbedingungen und den sonstigen allgemeinen Anordnungen der Eisenbahn entsprochen wird,
2. die Beförderung mit den regelmäßigen Transportmitteln möglich ist,
3. nicht Umstände, welche als höhere Gewalt zu betrachten sind, die Beförderung verhindern.

(2) Gegenstände, deren Ein- und Ausladen besondere Vorrichtungen nötig macht, ist die Eisenbahn nur auf und nach solchen Stationen anzunehmen verpflichtet, wo derartige Vorrichtungen bestehen."

Die Verkehrsordnung § 6 weicht vom HGB. § 453 Abs. 1 namentlich darin ab, daß VerkO. § 6 auf Kleinbahnen nicht, HGB. § 453 dagegen mit der Maßgabe in § 473 anwendbar ist, daß VerkO. § 6 sich auf Personenbeförderung erstreckt, HGB. § 453 Abs. 1 nicht, daß VerkO. § 6 die Beförderung, HGB. § 453 Abs. 1 nur die Übernahme zur Beförderung erwähnt, daß VerkO. § 6 keine dem HGB. § 453 Abs. 1 Nr. 2, 3 entsprechenden Bestimmungen enthält (die entsprechenden Bestimmungen sind in VerkO. § 50 enthalten), andererseits aber in § 6 Abs. 2 eine im HGB. § 453 Abs. 1 nicht ausdrücklich erwähnte neue Ausnahme hinzufügt. Da Vorschriften der VerkO., durch welche die nach HGB. § 453 begründeten Verpflichtungen der Eisenbahn ausgeschlossen oder beschränkt würden, nichtig sind (§ 471), und da „Übernahme zur Beförderung" in § 453 als die Ausführung einschließend auszulegen ist (unten zu c), so enthält nur HGB. § 453 die maßgebende Bestimmung, soweit Güterbeförderung in Betracht kommt, und VerkO. § 6 hat selbständige Bedeutung nur für die Personenbeförderung.

2. Verkehrsordnung § 49 lautet:

„Die Eisenbahn ist verpflichtet, Güter zur Beförderung von und nach allen für den Güterverkehr eingerichteten Stationen anzunehmen, ohne daß es für den Übergang von einer Bahn auf die andere einer Vermittelungsadresse bedarf."

Der erste Teil wiederholt die Bestimmung des § 453 in ungenauerer Fassung und unter Fortlassung der Beschränkungen — die aber auch nach der Absicht der VerkO. neben § 49 bestehen bleiben sollen —, der zweite Teil enthält eine neue im HGB. nicht vorhandene (unten zu b), aber ihm auch nicht widersprechende, und daher neben ihm gültige Bestimmung.

b. **Nach einer für den Güterverkehr eingerichteten Station innerhalb des Deutschen Reichs** darf die Beförderung nicht verweigert werden. Die Anfangsbahn ist mithin nach § 453 verpflichtet, die Beförderung mit durchgehendem Frachtbrief nach jeder solchen Station anzunehmen, und aus VerkO. § 49 ist dieselbe Verpflichtung auch für jede spätere Bahn abzuleiten (Eger VerkO. § 49 Anm. 188). Das HGB. § 453 auferlegt die Verpflichtung nicht nur (wie es im ADH. Art. 422 geschehen war) bezüglich der eigenen Bahnstrecke der übernehmenden Bahn, sondern weitergehend bezüglich aller für den Güterverkehr eingerichteten innerhalb Deutschlands gelegenen Stationen einer beliebigen Bahn (D. 270): für eine Kleinbahn besteht jedoch die Verpflichtung nur bezüglich ihrer eigenen Bahnstrecke (§ 473 Abs. 2). Was die Beförderung nach im Ausland gelegenen Stationen von Vollbahnen betrifft, so besteht insoweit, als es sich um Gütersendungen handelt, auf die der Berner Vertrag Anwendung findet, nach Berner Vertrag Art. 5 (vgl. Art. 2—4) die gleiche Beförderungspflicht wie für Vollbahnen im Inlandverkehr (D. 270). Inwieweit auch in anderen Fällen eine unmittelbare Güterbeförderung nach dem Ausland angängig ist, hängt von den tatsächlich bestehenden Verkehrseinrichtungen ab; eine unbedingte Verpflichtung zur Übernahme solcher Beförderungen ist den Bahnen nicht auferlegt (D. 270). Über Beförderung an einen Bestimmungsort, der nicht an der Eisenbahn gelegen (oder nicht eine für den Güterverkehr eingerichtete Station) ist, vgl. § 468. — Bei Sendungen, die einer zoll- oder steueramtlichen Abfertigung unterliegen, darf der Absender im Frachtbrief die zu berührende Abfertigungsstelle vorschreiben; im übrigen bleibt der Bahn die Wahl des Beförderungswegs überlassen, sie ist jedoch verpflichtet, auf demjenigen Weg zu befördern, der nach den Tarifen den billigsten Frachtsatz und die günstigsten Beförderungsbedingungen darbietet (VerkO. § 51 Abs. 11, abgedr. HGB. § 426 Anm. IIIc 1). Die Bahn ist berechtigt, die Beförderung abzulehnen, wenn der Frachtbrief ihr Ermessen bei Wahl des Beförderungswegs weitergehend einengt (VerkO. § 51 Abs. 2, RG. 18 171).

c. **Übernahme von Gütern zur Beförderung.** Vgl. unten zu e 1. Der § 453 spricht nur eine Verpflichtung zur Eingehung des Frachtvertrags aus (ROH. 16 200). Ist der Frachtvertrag abgeschlossen, so folgt die Verpflichtung zu seiner Ausführung aus den allgemeinen Grundsätzen über Verträge. Insbesondere besteht eine Verpflichtung zur Ausführung auch dann, wenn die Bahn nicht zur Eingehung verpflichtet gewesen war, außer im Fall des § 453 Nr. 2 (BGB. § 134) und in der Regel Nr. 5 (BGB. §§ 306 ff.). Auch eine nur zeitweilige Weigerung ist unzulässig (Eger VerkO. § 6 Anm. 20), außer soweit die Voraussetzungen des § 453 Abs. 2 vorliegen. — Über die Form des Abschlusses eines Eisenbahnfrachtvertrags vgl. § 425 Anm. IIIa. — Übernahme zur Aufbewahrung vgl. unten Anm. Ve.

d. **Ausnahmen vom Abschlußzwang.** Soweit Ausnahmen vom Beförderungszwang bestehen, kann die Bahn die Beförderung von Bedingungen abhängig machen (vgl. z. B. VerkO. § 50 B); doch müssen auch bei diesen Bedingungen die gesetzlichen Beschränkungen eingehalten werden (Hahn Art. 422 § 9, Staub Anm. 12). Beruft die Bahn sich auf das Vorliegen einer Ausnahme vom Abschlußzwang, so trifft sie die Beweislast (Düringer-Hachenburg II 8; dagegen Lehmann Nr. 13).

1. Nichtunterwerfung unter geltende Beförderungsbedingungen und sonstige allgemeine Anordnungen der Eisenbahn. Entsprechend VerkO. § 6 Abs. 1 Nr. 1. Nach der zutreffenderen Fassung der VerkO. ist nicht ein ausdrückliches Unterwerfen, sondern nur ein stillschweigendes, jenen Bestimmungen nicht widersprechendes Verhalten erfordert. Unter „geltenden Beförderungsbedingungen“ sind nur die gesetzlich zulässigen, also insbesondere innerhalb der Schranken des § 471 und der Verkehrsordnung sich haltenden zu verstehen. Unter „allgemeinen Anordnungen“ sind z. B. Tarife, Fahrpläne, Rollfuhrordnungen, Normen für das Spesen-, Aufnahme-, Wiege-, Verladungs-Verfahren verstanden (Eger VerkO. § 6 Anm. 21); sie bilden den Gegensatz zu etwaigen gegenüber dem betreffenden Absender erlassenen besonderen Anordnungen.
2. Verbotensein der Beförderung nach gesetzlicher Vorschrift oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung. Die letztere Ausnahme kehrt in VerkO. § 50 A 3 wieder. Unter erstere fallen z. B. die dem Postzwang unterworfenen Gegen-

stände (VerkO. § 50 A 1), die von gesundheitspolizeilichen und sonstigen öffentlichrechtlichen Verboten betroffenen, diejenigen, deren Beförderung eine strafbare Begünstigung enthalten würde.

3. Nichtgeeignetsein zur Beförderung nach Anlage und Betrieb der beteiligten Bahnen. Nähere Bestimmungen sind in VerkO. § 50 A 2, 4, B, § 6 Abs. 2, §§ 30, 42, 44 enthalten. Ist den in der Verkehrsordnung vorgesehenen Bedingungen genügt, so sind nunmehr die Güter zur Beförderung geeignete.

4. Unmöglichkeit der Beförderung mit den regelmäßigen Verkehrsmitteln. „Regelmäßig" bezieht sich sowohl auf die Art wie auf die Menge der Verkehrsmittel. Verkehrsmittel sind nicht nur die Wagen, sondern z. B. auch der Oberbau, die Ladevorrichtungen, die Lokomotiven, die Bedienungsmannschaften. „Regelmäßige Verkehrsmittel" sind nicht diejenigen, die eine Bahn tatsächlich verwendet, sondern diejenigen, die sie nach vernünftigen Verkehrs- und Verwaltungsanschauungen besitzen muß, um dem auf ihren Strecken in der Regel herrschenden Verkehrsbedürfnis zu genügen (Eger VerkO. § 6 Anm. 22, Staub Anm. 10, Coermann EisenbEntsch. 22 208). Für die zu gewissen Zeiten regelmäßig wiederkehrenden Steigerungen des Verkehrs muß sie durch rechtzeitige zeitweilige Steigerung der Verkehrsmittel Vorsorge treffen (Eger, Staub aaO.). — Das Nichtvorhandensein der zur Beförderung erforderlichen Verkehrsmittel, trotzdem sie „regelmäßige" sind, hat Schadensersatzpflicht der Bahn (§ 453 Abs. 4), aber nicht deren Verpflichtung zur Folge, das Gut sofort zur Beförderung anzunehmen (§ 453 Abs. 2).

5. Verhinderung durch höhere Gewalt. Über den Begriff der höheren Gewalt vgl. § 456 Anm. IV c. Besondere Bestimmungen über zeitweilige Verhinderung von Antritt oder Fortsetzung der Reise enthält HGB. § 428 Abs. 2, VerkO. § 65.

e. **Der Beförderung vorangehende Verwahrung (§ 453 Abs. 2).**

1. „Zur Beförderung annehmen." Nicht ganz klar ist, in welchem Verhältnis § 453 Abs. 2 Satz 1 zu Abs. 1 (Nr. 4) steht. Wollte man unter „zur Beförderung annehmen" in Abs. 2 dasselbe verstehen wie unter „Übernahme zur Beförderung" in Abs. 1, so würden die beiden Bestimmungen sich widersprechen; z. B. würde dann nach Abs. 2 (in Widerspruch zu Abs. 1 Nr. 4) die Bahn (ohne Schadensersatzpflicht) berechtigt sein, die Übernahme von Gütern zur Beförderung zu verweigern, wenn, trotzdem die Beförderung mit den „regelmäßigen" (oben zu d 4) Beförderungsmitteln möglich, die Bahn wegen schuldhafter Nichtbeschaffung dieser Beförderungsmittel unvermögend zur Beförderung ist. Man muß daher in § 453 jeder von beiden Redewendungen eine andere Bedeutung beilegen (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. III). Während „Übernahme zur Beförderung" in § 453 Abs. 1 den Abschluß des Frachtvertrags bedeutet, scheint unter „zur Beförderung annehmen" in § 453 Abs. 2 nur allgemein das Annehmen in Besitz und Beaufsichtigung (= „Empfang des Frachtguts" in VerkO. § 54 Abs. 5), hier also das Annehmen zu vorgängiger Verwahrung verstanden werden zu müssen, trotzdem die VerkO. §§ 54 Abs. 5, 55 Abs. 2 (anders § 55 Abs. 3) und HGB. §§ 455—457 und an anderen Orten unter „zur Beförderung annehmen" die Annahme des Frachtvertragsantrags verstehen; dann würden allerdings die Worte „zur Beförderung" in Abs. 2 überflüssig und irreführend sein. Ist Vorstehendes zutreffend, so würde Abs. 2 nur die Vorschrift enthalten, daß in anderen als den von der Verkehrsordnung zugelassenen Fällen die Bahn keine Verpflichtung zu einstweiliger Aufbewahrung des nicht sofort beförderbaren Guts hat, und zwar selbst dann nicht, wenn sie an sich nach Abs. 1 zum Abschluß des betreffenden Frachtvertrags verpflichtet wäre. — Welche Bedeutung der Ausdruck „zur Beförderung angenommen" in VerkO. § 54 Abs. 1 (abgedr. § 425 Anm. III a) hat, kann zweifelhaft sein. Er bedeutet dort wohl „die Annahme des Frachtvertragsantrags erklärt und außerdem (vorher oder nachher) das Gut in Besitz und Beaufsichtigung genommen." Legt man diese Ansicht zu grund, so erfolgt eine Annahme zur Beförderung im Sinn des § 54 Abs. 1 VerkO. bei selbstverladenem Gut nicht schon mit der Verladung und der folgenden Annahme des Frachtbriefs durch die Bahn und Abstempelung des Frachtbriefs, sondern erst dann, wenn außerdem der Bahnbeamte den beladenen Waggon übernimmt,

sei es durch Plombierung, sei es durch dessen Bezeichnung mit einem Kreidestrich (so OLG. Marienwerder 23 V 05 EisenbEntsch. 22 357).

2. Die näheren Bestimmungen sind enthalten in VerkO. § 55:

„(1) Die Eisenbahn ist nur verpflichtet, die Güter zum Transport anzunehmen, soweit die Beförderung derselben sofort erfolgen kann.

(2) Die Eisenbahn ist jedoch verpflichtet, die ihr zugeführten Güter, deren Beförderung nicht sofort erfolgen kann, soweit die Räumlichkeiten es gestatten, gegen Empfangsbescheinigung mit dem Vorbehalte in einstweilige Verwahrung zu nehmen, daß die Annahme zur Beförderung und die Aufdrückung des Abfertigungsstempels auf den Frachtbrief (§ 54 Abs. 1) erst dann erfolgt, wenn die Beförderung möglich ist. Der Absender hat im Frachtbriefe sein Einverständnis mit diesem Verfahren zu erklären. In diesem Falle haftet die Eisenbahn bis zum Abschlusse des Frachtvertrags als Verwahrer.

(3) Mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde ist die Eisenbahn berechtigt, im Falle sie Wagenladungsgüter, deren sofortige Beförderung nicht möglich ist, gleichwohl zum Transport annimmt, mit dem Absender zu vereinbaren, daß für die Sendung die Lieferfrist von dem Tage an zu rechnen ist, an welchem die Absendung tatsächlich erfolgt. Der Absender hat sein Einverständnis auf dem Frachtbriefe zu erklären und auf dem Frachtbrief-Duplikate zu wiederholen. Die Eisenbahn ist verpflichtet den Zeitpunkt der Absendung auf dem Frachtbriefe durch Aufdrückung eines besonderen Stempels ersichtlich zu machen und diesen Zeitpunkt dem Absender ohne Verzug mitzuteilen."

Hat der Absender die nach VerkO. § 55 Abs. 2 Satz 2 erforderliche Einverständniserklärung nicht erteilt, so haftet die Bahn nicht als Verwahrer für etwa auf dem Bahnhof abgeladene Güter (OLG. Dresden 29 III 05 EisenbEntsch. 22 248).

VI. **Verbot von Begünstigungen.**

a. **Reihenfolge der Beförderung (§ 453 Abs. 3).** Wörtlich übereinstimmend mit § 453 Abs. 3 ist VerkO. § 56 Abs. 4 Satz 1. Diese Vorschriften verbieten die willkürliche Begünstigung einzelner Absender hinsichtlich der Zeitfolge der Versendung. Sowohl ausnahmsweise späte wie auch ausnahmsweise frühe Beförderung der Güter eines einzelnen Absenders ist verboten (Coermann EisenbEntsch. 22 324). Unter „zur Beförderung angenommen" ist — ebenso wie in Abs. 2 (oben Anm. V e) — die Annahme in Besitz und Beaufsichtigung (sei es kraft Fracht-, sei es kraft Verwahrungsvertrags), nicht der Abschluß des Frachtvertrags verstanden (dagegen Staub Anm. 14, Lehmann Nr. 15). Hat z. B. A am 1. Juli Frachtgut gemäß VerkO. § 55 Abs. 2 in einstweilige Verwahrung gegeben, dessen Beförderung am 10. Juli nachmittags möglich wird, und hat B am 10. Juli vormittags ein gleichartiges Frachtgut aufgegeben, das zur sofortigen Beförderung angenommen ist, aber gleichfalls frühestens am Nachmittag zur Beförderung gelangen kann, so hat A den Vorrang vor B (zust. Düringer Hachenburg Anm. V), trotzdem nach VerkO. § 55 Abs. 2 der Abschluß des Frachtvertrags mit A erst am Nachmittag, also nach dem Abschluß des Frachtvertrags mit B erfolgt. — Unter „Beförderung" in § 453 Abs. 3 sind nicht nur die eigentliche Fortbewegung des Guts, sondern auch alle hinzugehörigen Nebentätigkeiten zu verstehen, z. B. die Annahme und Ablieferung des Guts (Eger VerkO. § 56 Anm. 253). — Die zugelassenen Ausnahmen sind zwingende Gründe des Eisenbahnbetriebs (z. B. Einrichtung bestimmter Güterzüge für einzelne Güterarten, schnellere Beförderung leicht verderblicher Gegenstände, Berücksichtigung der Anschlüsse, Ausnutzung fremder Wagen) und öffentliches Interesse (z. B. Landesverteidigung, Wassersnot); näheres bei Eger aaO. Der Einrichtung verschiedener Beförderungsschnelligkeit nach verschiedenen Tarifen (z. B. gewöhnliche Fracht und Eilfracht) steht § 453 Abs. 3 nicht entgegen (Staub Anm. 14).

b. **Preis der Beförderung.**

Ein Verbot von Begünstigungen hinsichtlich des Preises des Beförderung ist enthalten in VerkO. § 7:

„(1) Die Berechnung der Transportpreise erfolgt nach Maßgabe der zu Recht be-

stehenden, gehörig veröffentlichten Tarife. Diese sind bei Erfüllung der gleichen Bedingungen für jedermann in derselben Weise anzuwenden.

(2) Tariferhöhungen oder sonstige Erschwerungen der Beförderungsbedingungen treten nicht vor Ablauf von 6 Wochen nach ihrer Veröffentlichung in Kraft, sofern nicht der Tarif nur für eine bestimmte Zeit in Geltung gesetzt war.

(3) Jede Preisermäßigung oder sonstige Begünstigung gegenüber den Tarifen ist verboten und nichtig.

(4) Begünstigungen bei Transporten für milde und für öffentliche Zwecke sowie solche im dienstlichen Interesse der Eisenbahnen sind mit Genehmigung der Landesaufsichtsbehörde zulässig."

Rechtlich zulässig ist die Festsetzung eines besonders billigen Tarifs für Absendung einer bestimmten Warengattung von einer bestimmten einzelnen Station, auch wenn vorauszusehen ist, daß tatsächlich nur ein einzelner Unternehmer in der Lage sein wird, von jener Station aus jene Warengattung zu versenden (RG. 12 XI 98 JW. 99 9[27]). Veröffentlicht die Bahn versehentlich einen höheren Tarif als in Kraft getreten, während in Wahrheit noch der frühere niedrige Tarif in Kraft bleibt, so kann sie unter Umständen hierdurch schadensersatzpflichtig werden gegenüber einem Speditör, der auf die Richtigkeit der Kundgebung vertraut, während seine Mitbewerber von dem wahren Sachverhalt Kenntnis haben und ihm hierdurch, da sie Beförderungsbesorgung zu billigerem Preise übernehmen können, Kundschaft entziehen (ROH. 20 375). — Ob Preiserhöhungen gültig vereinbart werden können, ist streitig (vgl. Baumgarten EisenbEntsch. 21 100), aber wohl zu verneinen, da die Bahn vermöge ihres Alleinhandels trotz der Schutzbestimmung des § 453 genügende Macht hätte, zu erzwingen, daß einzelne Absender sich Preiserhöhungen unterwerfen; auch auf diesem Weg würde dann aber die gleichmäßige Behandlung aller Absender durchbrochen werden können.

VII. **Folge der Zuwiderhandlung gegen Absatz 1—3 (§ 453 Abs. 4)** ist Schadensersatzpflicht (ebenso VerkO. § 56 Abs. 4 Satz 2 mit Beschränkung auf VerkO. § 56 Abs. 4 Satz 1, der dem HGB. 453 Abs. 3 entspricht). Auch abgesehen von der öffentlich-rechtlichen Beförderungspflicht der Bahn hat hiernach der einzelne Beförderungslustige innerhalb der Grenzen der Abs. 1—3 ein Privatrecht auf Beförderung (D. 270). Daß die Schadensersatzpflicht nur im Fall des Verschuldens der Eisenbahn eintrete, ist nicht gesagt, der § 453 Abs. 4 daher nicht so beschränkend auszulegen (ebenso Eger VerkO. § 56 Anm. 254, Düringer-Hachenburg Anm. VI; dagegen Staub Anm. 15, Lehmann Nr. 16, Coermann EisenbEntsch. 22 326). Über den Inhalt des Schadensersatzanspruchs BGB. §§ 249 ff. — Aus § 453 Abs. 4 darf nicht geschlossen werden, daß die Ausübung eines Zwangs zur Erfüllung nach CPO. §§ 887, 888 unzulässig sei (Lehmann Nr. 13, Düringer-Hachenburg Anm. VI; dagegen Goldmann Nr. 20).

§ 454.

Beschränkte Anwendung der Vorschriften über Frachtgeschäft.

Auf das Frachtgeschäft der dem öffentlichen Güterverkehre dienenden Eisenbahnen finden die Vorschriften des vorigen Abschnitts insoweit Anwendung, als nicht in diesem Abschnitt oder in der Eisenbahnverkehrsordnung ein Anderes bestimmt ist.

ADH. — **Entw. I** § 428. **Entw. II** § 446.

I. **Frachtgeschäft.** Vgl. § 425 Anm. II. Über Personenbeförderung vgl. §§ 465 Abs. 3, 472.

II. **Dem öffentlichen Güterverkehr dienende Eisenbahn.** Vgl. § 453 Anm. IV.

III. **Beschränkte Anwendbarkeit der Vorschriften des Abschnitts 6.** Die allgemeinen Vorschriften über das Frachtgeschäft kommen nach § 454 auf den Eisenbahnfrachtvertrag nur insoweit zur Anwendung, als nicht in Abschnitt 7 oder in der Verkehrsordnung etwas anderes bestimmt ist. Über die hiermit der Verkehrsordnung zugewiesene Eigenschaft einer Rechtsverordnung

vgl. § 453 Anm. III b. Über das Verhältnis der Verkehrsordnung und des siebenten Abschnitts des HGB. zueinander und zu abweichenden Verträgen enthält § 454 keine Vorschrift; hierüber bestimmt vielmehr § 471.

§ 455.

Frachtbriefduplikat.

Die Eisenbahn ist verpflichtet, auf Verlangen des Absenders den Empfang des Gutes unter Angabe des Tages, an welchem es zur Beförderung angenommen ist, auf einem Duplikate des Frachtbriefs zu bescheinigen; das Duplikat ist von dem Absender mit dem Frachtbriefe vorzulegen.

Im Falle der Ausstellung eines Frachtbriefduplikats steht dem Absender das im § 433 bezeichnete Verfügungsrecht nur zu, wenn er das Duplikat vorlegt. Befolgt die Eisenbahn die Anweisungen des Absenders, ohne Vorlegung des Duplikats zu verlangen, so ist sie für den daraus entstehenden Schaden dem Empfänger, welchem der Absender die Urkunde übergeben hat, haftbar.

ADH. — **Entw. I** § 429. **Entw. II** § 447.

I. Bestimmungen der VerkO. über Frachtduplikate.
II. Verpflichtung zur Empfangsbescheinigung auf Frachtbriefduplikat.
III. Wirkung solcher Empfangsbescheinigung.
a. Empfangsbescheinigung auf Frachtbriefduplikat.
b. Aushändigung.
c. Beschränkung des Verfügungsrechts des Absenders.
d. Unterschied gegenüber Ladescheinwirkung.
e. Folge einer Nichtbeachtung der Beschränkung.

I. **Die wesentlichen Bestimmungen der Verkehrsordnung über Frachtbriefduplikate lauten:**

§ 51. „Jede Sendung muß von einem Frachtbriefe begleitet sein, welcher folgende Angaben enthält:

a—m. . . .

n. Den etwaigen Antrag auf Ausstellung eines Frachtbrief-Duplikats oder eines Aufnahmescheins (§ 54)."

§ 54 Abs. 5—8. „(5) Die Eisenbahn ist verpflichtet, auf Verlangen des Absenders den Empfang des Frachtguts, unter Angabe des Tags der Annahme zur Beförderung, auf einem ihr mit dem Frachtbriefe vorzulegenden, als solches zu bezeichnenden Duplikat des Frachtbriefs zu bescheinigen. Der Antrag auf Erteilung des Duplikats ist vom Absender auf dem Frachtbriefe zu vermerken. Die Eisenbahn hat durch Aufdrückung eines Stempels zu bestätigen, daß dem Antrag entsprochen ist.

(6) Das Duplikat hat nicht die Bedeutung des Original-Frachtbriefs und ebensowenig diejenige eines Konnossements (Ladescheins).

(7) Bei solchen Gütern, welche nicht in ganzen Wagenladungen aufgegeben werden, kann mit Zustimmung des Absenders an Stelle des Duplikats ein als solcher zu bezeichnender Aufnahmeschein ausgestellt werden, welcher dieselbe rechtliche Bedeutung wie das Duplikat hat.

(8) Auf Wunsch des Absenders kann der Empfang des Guts auch in anderer Form, insbesondere mittels Eintrags in ein Quittungsbuch usw. bescheinigt werden. Eine derartige Bescheinigung hat nicht die Bedeutung eines Frachtbrief-Duplikats oder eines Aufnahmescheins."

§ 64 Abs. 2, 4, 6, 7. „(2) Dieses Recht" (das in Abs. 1 näher umschriebene Verfügungsrecht) „steht indes im Falle der Ausstellung eines Frachtbrief-Duplikats oder eines Aufnahmescheins (§ 54 Abs. 5 und 7) dem Absender nur dann zu, wenn er das Duplikat oder den Aufnahmeschein vorlegt. Befolgt die Eisenbahn die Anweisungen des Absenders, ohne die Vorlegung zu verlangen, so ist sie für den daraus entstehenden Schaden dem Empfänger, welchem der Absender die Urkunde übergeben hat, haftbar."

„(4) Das Verfügungsrecht des Absenders erlischt, auch wenn er das Frachtbrief-Duplikat

oder den Aufnahmeschein besitzt, sobald nach Ankunft des Guts am Bestimmungsorte der Frachtbrief dem Empfänger übergeben oder die von dem letzteren nach Maßgabe des § 66 erhobene Klage der Eisenbahn zugestellt worden ist . . ."

„(6) Die im ersten Absatze dieses Paragraphen vorgesehenen Verfügungen müssen mittels schriftlicher und vom Absender unterzeichneter Erklärung nach dem Formular (Anlage G) erfolgen. Die Erklärung ist im Falle der Ausstellung eines Frachtbrief-Duplikats oder eines Aufnahmescheins auf der betreffenden Urkunde zu wiederholen, welche gleichzeitig der Eisenbahn vorzulegen und von dieser dem Absender zurückzugeben ist."

„(7) Jede in anderer Form gegebene Verfügung des Absenders ist nichtig."

§ 65 Abs. 4. „Ist ein Frachtbrief-Duplikat oder Aufnahmeschein ausgestellt worden und befindet sich der Absender nicht im Besitze der ausgestellten Urkunde, so dürfen die in diesem Paragraphen vorgesehenen Verfügungen" (bei zeitweiligem Beförderungshindernis) „weder die Person des Empfängers, noch den Bestimmungsort abändern."

§ 73 Abs. 1, 2. „(1) Zur Geltendmachung der aus dem Eisenbahnfrachtvertrage gegenüber der Eisenbahn entspringenden Rechte ist nur derjenige befugt, welchem das Verfügungsrecht über das Frachtgut zusteht. Bezüglich der Berechtigung zur Erhebung von Frachterstattungsanträgen vgl. § 61 Abs. 4.

(2) Vermag der Absender das Duplikat des Frachtbriefs, den Aufnahmeschein oder eine Bescheinigung der Versandstation, daß eine solche Urkunde nicht ausgestellt ist, nicht beizubringen, so kann er seinen Anspruch nur mit Zustimmung des Empfängers geltend machen, es wäre denn, daß er den Nachweis beibringt, daß der Empfänger die Annahme des Guts verweigert hat."

Dem § 455 Abs. 1 HGB. entspricht § 54 Abs. 5 VerkO., dem § 455 Abs. 2 HGB. entspricht § 64 Abs. 2 VerkO. Bei etwaigem Widerspruch zwischen HGB. § 455 und VerkO. würde erstere Bestimmung die allein maßgebende sein (§ 471 Abs. 1); soweit die VerkO. sich innerhalb der Grenzen des § 471 Abs. 1 hält, hat sie die Kraft einer Rechtsverordnung (§ 453 Anm. III b).

I. **Verpflichtung der Eisenbahn zur Empfangsbescheinigung auf Frachtbriefduplikat (§ 455 Abs. 1).** Nur auf Verlangen des Absenders hat die Bahn die Bescheinigung zu erteilen. Anders beim zwischenstaatlichen Frachtvertrag, bei welchem der Absender zur Vorlegung des Duplikats verpflichtet ist (BernVtrg. Art 8 Abs. 5). Durch VerkO. §§ 51 n, 54 Abs. 5, 7 ist die Stellung des Verlangens an bestimmte Formen gebunden. Die Ablehnung der Ausstellung seitens der Bahn macht sie schadensersatzpflichtig (§ 347 Anm. III b, Staub Anm. 1). — Unter „zur Beförderung angenommen" ist in § 455 Abs. 1 der Zeitpunkt des Frachtvertragsabschlusses verstanden (vgl. § 453 Anm. V e).

III. **Wirkung der Erteilung der Empfangsbescheinigung auf Frachtbriefduplikat (§ 455 Abs. 2).**

a. **Empfangsbescheinigung auf Frachtbriefduplikat.** Während der unabgestempelte Frachtbrief eine vom Absender, der Ladeschein eine vom Frachtführer ausgestellte Urkunde ist, sind in dem mit Empfangsbescheinigung versehenen Frachtbriefduplikat je eine Urkunde des Frachtführers und des Absenders vereinigt. — Die gleiche rechtliche Bedeutung wie ein mit Empfangsbescheinigung versehenes Frachtbriefduplikat hat ein Aufnahmeschein (VerkO. § 54 Abs. 3). — Das Frachtbriefduplikat hat nicht dieselbe Wirkung wie der Frachtbrief (VerkO. § 54 Abs. 6), namentlich also nicht bei Anwendung der §§ 432 Abs. 2, 433, 435, 436.

b. **„Im Falle der Ausstellung eines Frachtbriefduplikats".** Diese Worte stehen an Stelle von „im Falle der Aushändigung einer auf das Frachtbriefduplikat gesetzten Empfangsbescheinigung".

c. **Beschränkung des Verfügungsrechts des Absenders.** Das HGB. § 455 Abs. 2 erwähnt nur „das im § 433 bezeichnete" Verfügungsrecht; nach VerkO. §§ 65 Abs. 4, 73 Abs. 1, 2 wird aber auch in anderen Beziehungen das Verfügungsrecht des Absenders beschränkt. Die Beschränkung besteht darin, daß der Absender die beschränkten Rechte nur ausüben kann, wenn er entweder das Duplikat vorlegt (zurückzugeben braucht er es nicht, VerkO. § 64 Abs. 6; anders beim Ladeschein, § 447 Abs. 3); oder (VerkO. § 73 Abs. 2 entsprechend auszudehnen; dagegen Eger VerkO. § 64 Anm. 329) die Zustimmungserklärung des Empfängers

oder ein diese Zustimmungserklärung ersetzendes Urteil (CPO. § 894) beibringt. Letzteres genügt namentlich auch dann, wenn das mit Empfangsbescheinigung versehene Frachtbriefduplikat verloren ist (Hellwig Verträge auf Leistung an Dritte 494, Staub Anm. 5, Düringer-Hachenburg Anm. III); Kraftloserklärung ist unzulässig (ebenso Staub Anm. 5; dagegen Eger VerkO. § 64 Anm. 329). Das Verfügungsrecht des Absenders wird trotz Aushändigung eines mit Empfangsbescheinigung versehenen Frachtbriefduplikats wieder zu einem unbeschränkten, nicht an die Vorlegung jener Urkunde gebundenen, sobald der Empfänger die Annahme verweigert hat (§ 433 Anm. II c, VerkO. § 73 Abs. 2 entsprechend auszudehnen; ebenso Düringer-Hachenburg Anm. III). Mit bloßer Sicherheitsleistung des Absenders statt Vorlegung der Urkunde braucht die Bahn selbst bei behauptetem Verlust der Urkunde sich nicht zu begnügen (dagegen Hellwig aaO. 495, Staub Anm. 5).

d. **Unterschied gegenüber Ladescheinwirkung** (VerkO. § 54 Abs. 6). Während der Ladeschein dem Ladescheinberechtigten ein schon vor Ankunft des Guts am Bestimmungsort wirksames Recht gegenüber dem Frachtführer gibt, verstärkt das mit Empfangsbescheinigung versehene Frachtbriefduplikat nicht den unmittelbaren Anspruch des Empfängers gegenüber dem Frachtführer über das in §§ 433—435 bestimmte Maß hinaus, solange der Frachtführer seinerseits die Beschränkung des Verfügungsrechts des Absenders beachtet. Andererseits tritt — gleichfalls abweichend vom Fall des Ladescheins (§ 446 Anm. I a) — durch die bloße Aushändigung des mit Empfangsbescheinigung versehenen Frachtbriefduplikats an den Absender auch keine Verminderung der Rechte des Empfängers ein; letzterer kann vielmehr gegenüber der Bahn die Rechte aus §§ 433—435 ausüben, auch wenn er nicht im Besitz des Duplikats ist (VerkO. § 64 Abs. 4). — Ist der Empfänger im Besitz des mit Empfangsbescheinigung versehenen Frachtbriefduplikats, so kann bis zur Ankunft des Guts am Bestimmungsort weder der Empfänger ohne den Absender, noch letzterer ohne ersteren verfügen (Staub Anm. 2), außer — jeder von beiden, solange sie sich nicht widersprechen — gemäß dem in diesem Fall auch auf den Absender entsprechend auszudehnenden § 434. — Die Aushändigung des mit Empfangsbescheinigung versehenen Frachtbriefduplikats, sei es an den Empfänger, sei es an den Dritten, gibt diesen Personen zunächst nur die tatsächliche Möglichkeit, durch Vorenthaltung jener Urkunde dem Absender die Ausübung seines Verfügungsrechts gegenüber dem Frachtführer zu erschweren oder unter Umständen unmöglich zu machen. Ferner ist — abweichend vom Ladeschein — das mit Empfangsbescheinigung versehene Frachtbriefduplikat nicht Verfügungspapier; seine Übergabe hat keine dingliche Wirkung bezüglich des Guts.

e. **Folge einer Nichtbeachtung der Beschränkung seitens der Bahn.** Befolgt letztere die Anweisung des Absenders, ohne daß er das Duplikat vorlegt (das bloße „Verlangen" der Vorlegung schützt die Bahn nicht) oder (oben zu c) die Zustimmungserklärung des Empfängers beibringt, so ist sie dem Empfänger, der das mit Empfangsbekenntnis versehene Frachtbriefduplikat rechtmäßig besitzt, schadensersatzpflichtig. Ob gerade der Absender es ihm übergeben hat, ist unerheblich (dagegen Eger VerkO. § 64 Anm. 329); so kann z. B. der Absender einen Dritten (etwa der absendende Speditör den Versender) ermächtigt haben, es dem Empfänger zu übergeben, und der Dritte, von dieser Ermächtigung Gebrauch machend, es übergeben haben. Einem dritten Besitzer ist die Bahn nicht schadensersatzpflichtig, selbst wenn der Absender im Verhältnis zur Bahn nicht berechtigt war, die Befolgung seiner Anweisung zu verlangen. — Daß der Empfänger auch nach Eintritt des zum Schadensersatz verpflichtenden Ereignisses im Besitz des Frachtbriefduplikats bleibt, ist nicht notwendige Voraussetzung für die Erhebung des Ersatzanspruchs (Eger VerkO. § 64 Anm. 329).

§ 456.

Haftung für Verlust und Beschädigung.

Die Eisenbahn haftet für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Annahme zur Beförderung bis zur Ablieferung

entsteht, es sei denn, daß der Schaden durch ein Verschulden oder eine nicht von der Eisenbahn verschuldete Anweisung des Verfügungsberechtigten, durch höhere Gewalt, durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung oder durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage, verursacht ist.

Die Vorschrift des § 429 Abs. 2 findet Anwendung.

ADH. (Art. 395). **Entw. I** § 430. **Entw. II** § 448.

I. **Verhältnis zur Verkehrsordnung.** Verkehrsordnung § 75 lautet:

„(1) Die Eisenbahn haftet, vorbehaltlich der Bestimmungen in den folgenden Paragraphen, für den Schaden, welcher durch Verlust, Minderung oder Beschädigung des Guts . . . (im übrigen Abs. 1 wörtlich gleichlautend mit HGB. § 456 Abs. 1).

(2) Der Ablieferung an den Empfänger steht die Ablieferung an Zoll- und Revisionsschuppen nach Ankunft des Guts auf der Bestimmungsstation sowie die nach Maßgabe der Verkehrsordnung stattfindende Ablieferung des Gutes an Lagerhäuser oder an einen Speditör gleich."

Eine Ergänzung enthält VerkO. § 79:

„Der zur Klage Berechtigte kann das Gut ohne weiteren Nachweis als in Verlust geraten betrachten, wenn sich dessen Ablieferung um mehr als 30 Tage nach Ablauf der Lieferfrist (§ 63) verzögert."

Entsprechend für aufgegebenes Reisegepäck VerkO. § 35 Abs. 1:

„Fehlende Gepäckstücke werden nach Ablauf von 3 Tagen nach Ankunft des Zugs, zu welchem sie aufgegeben sind, als in Verlust geraten betrachtet."

Bei etwaigem Widerspruch zwischen HGB. § 456 und VerkO. würde erstere Bestimmung die allein maßgebende sein (§ 471 Abs. 1); soweit die VerkO. sich innerhalb der Grenzen des § 471 Abs. 1 hält, hat sie die Kraft einer Rechtsverordnung (§ 453 Anm. III b). Welche Wirkung die Wiederholung einer Vorschrift des HGB. in der VerkO. hat, vgl. § 471 Anm. III. — Von den in VerkO. § 75 Abs. 1 vorbehaltenen Bestimmungen der „folgenden Paragraphen" enthält VerkO. § 76 eine durch HGB. § 468 zugelassene Bestimmung, VerkO. § 77 entspricht dem HGB. § 459, VerkO. § 78 Abs. 1, 4—6 entspricht dem HGB. § 460, VerkO. § 78 Abs. 2, 3 enthält eine in HGB. § 460 angezogene Festsetzung von Normalsätzen, VerkO. § 79 siehe vorstehend, VerkO. § 80 Satz 1 entspricht dem HGB. § 457 Abs. 1, VerkO. §§ 81 Abs. 1 und 2, 83 Satz 2 dem HGB. § 461 Abs. 1 bezw. § 462 Satz 1, VerkO. § 82 enthält eine ergänzende Vorschrift über den Fall der Wiederauffindung des Guts nach Leistung des Schadensersatzes, VerkO. § 83 Satz 1 entspricht dem HGB. § 457 Abs. 2, VerkO. § 84 Abs. 1—3 enthält eine der in HGB. § 463 angezogenen Vorschriften, VerkO. §§ 85, 84 Abs. 4 entsprechen dem HGB. § 463, VerkO. §§ 86, 87 enthalten Vorschriften über Versäumung der Lieferfrist, VerkO. §§ 80 Satz 2, 81 Abs. 3, 83 Satz 3, 88 entsprechen dem HGB. §§ 457 Abs. 3, 461 Abs. 2, 462 Satz 2, VerkO. § 89 entspricht dem HGB. § 467, VerkO. § 90 dem HGB. § 438, VerkO. § 91 dem HGB. §§ 439, 470 Abs. 2.

II. **Verhältnis zu HGB. § 429.** Während § 429 im Verhältnis zum früheren Recht eine Abschwächung der dem Frachtführer auferlegten Haftung gebracht hat des Inhalts, daß er, vorbehaltlich seiner Pflicht, die Beobachtung der schuldigen Sorgfalt zu beweisen, nur für Verschulden haftet, ist in § 456 für den Eisenbahnfrachtvertrag das ältere, dem Frachtführer ungünstigere Recht aufrecht erhalten, um die Übereinstimmung mit den Vorschriften des Berner

Vertrags zu wahren (D. 257). Der § 456 schließt sich in den Einzelheiten der Fassung an Art. 30 des Berner Vertrags an (D. 270; doch erwähnt Berner Vertrag nicht „äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung"), sachlich weicht er nicht von ADH. Art. 395 ab (D. 270). Nach § 456 haftet im Gegensatz zu § 429 die Bahn auch für denjenigen Zufall, der nicht höhere Gewalt ist (unten Anm. IV c). Bleibt die Ursache des Schadens unaufgeklärt, so haftet die Bahn (unten Anm. IV c; etwas günstiger steht der sonstige Frachtführer, § 390 Anm. III b), wenn sie nicht beweisen kann, daß jedenfalls **eine** der ihre Haftung nach § 456 ausschließenden Tatsachen ursächlich sein muß. Ausnahmen von dieser strengen Haftung der Bahn sind in §§ 456 Abs. 2, 459—463, 465, 469 bestimmt.

III. **Haftungbegründende Tatsachen** sind Verlust oder Beschädigung in der Zeit von Annahme zur Beförderung bis zur Ablieferung. Näheres in § 429 Anm. I a. Die Behauptung dieser Tatsachen und der persönlichen Klageberechtigung des Klägers genügt zur Begründung der Schadenersatzklage. Über den in § 429 mitbehandelten Fall einer Versäumung der Lieferzeit bestimmt für den Eisenbahnfrachtvertrag § 466.

a. **„Verlust"** in § 456 umfaßt Voll- und Teilverlust (§ 390 Anm. I a); in VerkO. § 75 Abs. 1: „Verlust, Minderung" bedeutet „Verlust" nur Vollverlust. Die oben angeführten §§ 35 Abs. 1, 79 VerkO. erleichtern den Nachweis des Verlusts.

b. **„Annahme zur Beförderung"** in § 456 bezeichnet den Zeitpunkt des Abschlusses des **Fracht**vertrags; beim Eisenbahnfrachtvertrag kann dieser Abschluß nicht der Besitzergreifung am Gut vorausgehen (§ 425 Anm. III a); er braucht nicht bereits gleichzeitig mit Besitzergreifung zu erfolgen, z. B. nicht im Fall der Annahme zu einstweiliger Verwahrung (§ 453 Anm V e).

c. **„Ablieferung."** Eine Sonderbestimmung für den Eisenbahnfrachtvertrag enthält VerkO. § 75 Abs. 2 (oben Anm. I). Lehmann 2 377 Fußnote 1 erachtet letztere Bestimmung wegen § 471 Abs. 1 für nicht einwandfrei.

IV. **Zulässige Einreden.**

a. **Verschulden des Verfügungsberechtigten.** Verfügungsberechtigter kann der Absender oder der Empfänger sein; auf Verschulden eines Dritten kann als solches die Eisenbahn sich nicht berufen. Über Haftung des Verfügungsberechtigten für den der Bahn durch sein Verschulden erwachsenen Schaden vgl. § 425 Anm. III d, g. Hat zum Entstehen des Schadens ein Verschulden des Verfügungsberechtigten nur **mitgewirkt**, so ist nicht (was Staub Anm. 14 annimmt) die Bahn haftbar weil sie den zugelassenen Beweis eines **Allein**verschuldens des Absenders nicht erbracht habe, sondern BGB. § 254 ist entsprechend anzuwenden (ebenso Lehmann Nr. 4, Düringer-Hachenburg Anm. III 1). Nur für den Fall äußerlich erkennbarer Mängel der Verpackung enthält VerkO. § 58 Abs. 3 Satz 2 — in Übereinstimmung mit dem aus HGB. § 459 Nr. 2 zu ziehenden Gegenschluß — eine die Bahn in **weiter**gehendem Umfang belastende Sonderbestimmung (§ 459 Anm. III b).

b. **Nicht von der Eisenbahn verschuldete Anweisung des Verfügungsberechtigten.** Hier ist nicht notwendig Verschulden des Verfügungsberechtigten vorausgesetzt. Es genügt, daß der Schaden infolge Ausführung der Anweisung des Verfügungsberechtigten entstanden ist; dieser kann eine sachlich falsche Anweisung auch unverschuldet erteilt haben. Ein Verschulden der Eisenbahn kann z. B. darin liegen, daß sie dem Verfügungsberechtigten einen falschen Bericht über die seine Anweisung erfordernden Tatsachen gegeben hat. Die Eisenbahn muß dartun, daß gerade der Inhalt der Anweisung ursächlich für das Entstehen des Schadens war; diesem Erfordernis genügt sie nicht, wenn sie für das Ereignis haftet, das eine erneute Anweisung nötig machte, und wenn auch bei jeder **anderen** daraufhin erteilten Anweisung der Schaden entstanden wäre. Unter „Anweisung" ist hier nicht der in dem Beförderungsauftrag liegende Vertragsantrag, sondern die nach Abschluß des Beförderungsvertrags erteilte **einseitige** Vorschrift des Verfügungsberechtigten verstanden (Reindl EisenbEntsch. 21 193). — Über weitergehende Haftungsbeschränkung der Eisenbahn bei bestimmten in den **Frachtbrief** aufgenommenen Vereinbarungen mit dem Absender bestimmt § 459 Nr. 1, 3, 6 (vgl. § 459 Anm. III a 1).

c. **Höhere Gewalt.** Hierunter ist ein äußeres Ereignis zu verstehen, dessen Vermeidung durch

solche Vorkehrungen unmöglich ist, die zu dem durch sie zu erreichenden Erfolg in einem nach Verkehrsanschauung vernünftigen Verhältnis stehen (ROH. 2 259, 8 30, RG. 19 42, 21 17, Bolze 15 Nr. 341, RG. 20 XII 98 JW. 99 52[61], vgl. auch Planck[3] § 203 Anm. 1, Schneider in ZHR. 44 380, RG. 48 410). Höhere Gewalt kann sowohl in Naturereignissen wie in Handlungen Dritter (RG. 9 X 02 EisenbEntsch. 19 258) oder unverschuldeten Handlungen des Beschädigten (RG. 21 19, 54 406; vgl. 55 411) liegen. Nicht nur in einem von außen einwirkenden, sondern auch in einem von innen auftretenden Ereignis (P. 794), z. B. einer Explosion im Innern des Eisenbahnwagens (RG. 3 VII 00 EisenbEntsch. 18 204), plötzlicher Ohnmacht oder Geisteskrankheit des Lokomotivführers (RG. 21 15). Auch ein Ereignis, dessen Möglichkeit vorhersehbar ist, kann höhere Gewalt enthalten (ROH. 8 163). Eigene zurechenbare Handlungen des Frachtführers oder derjenigen, deren Verschulden er zu vertreten hat, sind dagegen nie höhere Gewalt. Daher haftet die Bahn bei Umwerfen des Zugs durch Sturm, wenn die Möglichkeit einer so starken Windstärke und die hierdurch drohende Gefahr bekannt und das Vorhandensein so starker Windstärke ohne außergewöhnliche Aufwendungen ermittelbar war, die Bahn aber diese Ermittlung unterließ, statt sie vorzunehmen und den Betrieb vorübergehend einzustellen (RG. 27 III 05 JW. 321[10]). Nicht schon jede Abwesenheit eines Verschuldens stempelt die einen Schaden verursachende Einwirkung zur höheren Gewalt (RG. 1 278, 14 83, 19 42); es gibt vielmehr auch Zufall, der nicht auf höherer Gewalt beruht. Für diesen Zufall haftet die Eisenbahn, wenn keine der übrigen in § 456 zugelassenen Einreden eingreift (ROH. 12 24, RG. 14 83, 21 18). So z. B. für diejenigen Zufälle, die im Eisenbahnbetrieb als ihm eigentümlich mehr oder minder häufig vorzukommen pflegen (Zusammenstöße, Entgleisungen, Überfahren Unzurechnungsfähiger usw.), auf die also die Bahn gefaßt sein muß (RG. 19 42, 44 30, 50 95, 54 406, OLG. Hamburg 10 II 91 ZHR. 40 536). Ebenso in der Regel für Diebstahl Dritter (P. 4696); doch kann ausnahmsweise auch Diebstahl (P. 4697) und häufiger Raub unter den Begriff der höheren Gewalt fallen (Eger VerkO. § 75 Anm. 414, vgl. Staub § 458 Anm. 3), dann nämlich, wenn sie, außer bei Anwendung unverhältnismäßig kostspieliger Vorsichtsmaßregeln, nicht abwendbar waren. Nur wenn die höhere Gewalt die alleinige Ursache des Schadens ist, greift die Einrede ohne weiteres durch (RG. 30 VI 83 GruchotsBeitr. 28 1097, 28 IX 85 GruchotsBeitr. 30 156, KG. 28 IX 98 KGBl. 90). Auf höhere Gewalt kann die Bahn sich nicht berufen, wenn die Ursache des Schadens unaufgeklärt geblieben ist (Bolze 2 Nr. 964, RG. 28 IX 85 GruchotsBeitr. 30 156).

d. **Äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung.** Die Verpackung ist mangelhaft, wenn sie nicht geeignet ist, das Gut vor den gewöhnlichen Fährlichkeiten der Beförderung zu schützen (Staub Anm. 11). In dem Aufgeben zur Beförderung mit mangelhafter Verpackung kann ein Verschulden des Absenders (oben zu a) liegen. Aber auch wenn dies nicht der Fall (was vorkommen kann, Düringer-Hachenburg Anm. III 3; dagegen Eger VerkO. § 75 Anm. 415, Lehmann Nr. 4), haftet die Bahn nicht für die Folgen äußerlich nicht erkennbarer Mängel. In welchen Fällen sie auch für äußerlich erkennbare nicht haftet, vgl. § 459 Anm. IIIb. — Äußerlich erkennbar ist z. B. das Verschließen eines Fasses durch eine nach der Gattung dieses Verschlusses nicht vor Lockerung sichere Messingschraube; anders, wenn die Gattung des Verschlusses einwandfrei ist und nur die einzelne Schraube verdeckte Mängel hat (RG. 26 IX 00 EisenbEntsch. 19 193).

e. **Natürliche Beschaffenheit des Guts.** Der § 456 erwähnt als Beispiele: inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage. Eine ähnliche Bestimmung und weitere Beispiele enthält § 459 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2. Zweifelhaft ist, in welchem Verhältnis die Bestimmung des § 456 zu derjenigen des § 459 Nr. 4 steht. Keine Unterscheidung beider Fälle läßt sich darauf bauen, daß in § 456 „Schwinden" und „gewöhnliche Leckage", in § 459 Nr. 4 aber nur „außergewöhnliche Leckage" genannt ist (dagegen Eger VerkO. § 77 Anm. 425), denn sowohl „Schwinden" wie „gewöhnliche Leckage" sind Unterfälle des in § 459 Nr. 4 erwähnten (Teil-)Verlusts. Die Unterscheidung ist vielmehr darin zu suchen, daß § 456 den Schaden erwähnt, der durch „die natürliche Beschaffenheit des Guts verursacht" ist, § 459 Nr. 4 aber denjenigen Schaden, der dadurch entsteht, daß das Gut „vermöge seiner eigentümlichen natür-

Vertrags zu wahren (D. 257). Der § 456 schließt sich in den Einzelheiten der Fassung an Art. 30 des Berner Vertrags an (D. 270; doch erwähnt Berner Vertrag nicht „äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung"), sachlich weicht er nicht von ADH. Art. 395 ab (D. 270). Nach § 456 haftet im Gegensatz zu § 429 die Bahn auch für denjenigen Zufall, der nicht höhere Gewalt ist (unten Anm. IV c). Bleibt die Ursache des Schadens unaufgeklärt, so haftet die Bahn (unten Anm. IV c; etwas günstiger steht der sonstige Frachtführer, § 390 Anm. III b), wenn sie nicht beweisen kann, daß jedenfalls eine der ihre Haftung nach § 456 ausschließenden Tatsachen ursächlich sein muß. Ausnahmen von dieser strengen Haftung der Bahn sind in §§ 456 Abs. 2, 459—463, 465, 469 bestimmt.

III. **Haftungsbegründende Tatsachen** sind Verlust oder Beschädigung in der Zeit von Annahme zur Beförderung bis zur Ablieferung. Näheres in § 429 Anm. I a. Die Behauptung dieser Tatsachen und der persönlichen Klageberechtigung des Klägers genügt zur Begründung der Schadenersatzklage. Über den in § 429 mitbehandelten Fall einer Versäumung der Lieferzeit bestimmt für den Eisenbahnfrachtvertrag § 466.

a. **„Verlust"** in § 456 umfaßt Voll- und Teilverlust (§ 390 Anm. I a); in VerkO. § 75 Abs. 1: „Verlust, Minderung" bedeutet „Verlust" nur Vollverlust. Die oben angeführten §§ 35 Abs. 1, 79 VerkO. erleichtern den Nachweis des Verlusts.

b. **„Annahme zur Beförderung"** in § 456 bezeichnet den Zeitpunkt des Abschlusses des Frachtvertrags; beim Eisenbahnfrachtvertrag kann dieser Abschluß nicht der Besitzergreifung am Gut vorausgehen (§ 425 Anm. III a); er braucht nicht bereits gleichzeitig mit Besitzergreifung zu erfolgen, z. B. nicht im Fall der Annahme zu einstweiliger Verwahrung (§ 453 Anm V e).

c. **„Ablieferung."** Eine Sonderbestimmung für den Eisenbahnfrachtvertrag enthält VerkO. § 75 Abs. 2 (oben Anm. I). Lehmann 2 377 Fußnote 1 erachtet letztere Bestimmung wegen § 471 Abs. 1 für nicht einwandfrei.

IV. **Zulässige Einreden.**

a. **Verschulden des Verfügungsberechtigten.** Verfügungsberechtigter kann der Absender oder der Empfänger sein; auf Verschulden eines Dritten kann als solches die Eisenbahn sich nicht berufen. Über Haftung des Verfügungsberechtigten für den der Bahn durch sein Verschulden erwachsenen Schaden vgl. § 425 Anm. III d, g. Hat zum Entstehen des Schadens ein Verschulden des Verfügungsberechtigten nur mitgewirkt, so ist nicht (was Staub Anm. 14 annimmt) die Bahn haftbar weil sie den zugelassenen Beweis eines Alleinverschuldens des Absenders nicht erbracht habe, sondern BGB. § 254 ist entsprechend anzuwenden (ebenso Lehmann Nr. 4, Düringer-Hachenburg Anm. III 1). Nur für den Fall äußerlich erkennbarer Mängel der Verpackung enthält VerkO. § 58 Abs. 3 Satz 2 — in Übereinstimmung mit dem aus HGB. § 459 Nr. 2 zu ziehenden Gegenschluß — eine die Bahn in weitergehendem Umfang belastende Sonderbestimmung (§ 459 Anm. III b).

b. **Nicht von der Eisenbahn verschuldete Anweisung des Verfügungsberechtigten.** Hier ist nicht notwendig Verschulden des Verfügungsberechtigten vorausgesetzt. Es genügt, daß der Schaden infolge Ausführung der Anweisung des Verfügungsberechtigten entstanden ist; dieser kann eine sachlich falsche Anweisung auch unverschuldet erteilt haben. Ein Verschulden der Eisenbahn kann z. B. darin liegen, daß sie dem Verfügungsberechtigten einen falschen Bericht über die seine Anweisung erfordernden Tatsachen gegeben hat. Die Eisenbahn muß dartun, daß gerade der Inhalt der Anweisung ursächlich für das Entstehen des Schadens war; diesem Erfordernis genügt sie nicht, wenn sie für das Ereignis haftet, das eine erneute Anweisung nötig machte, und wenn auch bei jeder anderen daraufhin erteilten Anweisung der Schaden entstanden wäre. Unter „Anweisung" ist hier nicht der in dem Beförderungsauftrag liegende Vertragsantrag, sondern die nach Abschluß des Beförderungsvertrags erteilte einseitige Vorschrift des Verfügungsberechtigten verstanden (Reindl EisenbEntsch. 21 193). — Über weitergehende Haftungsbeschränkung der Eisenbahn bei bestimmten in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarungen mit dem Absender bestimmt § 459 Nr. 1, 3, 6 (vgl. § 459 Anm. III a 1).

c. **Höhere Gewalt.** Hierunter ist ein äußeres Ereignis zu verstehen, dessen Vermeidung durch

solche Vorkehrungen unmöglich ist, die zu dem durch sie zu erreichenden Erfolg in einem nach Verkehrsanschauung vernünftigen Verhältnis stehen (ROH. 2 259, 8 30, RG. 19 42, 21 17, Bolze 15 Nr. 341, RG. 20 XII 98 JW. 99 52[61], vgl. auch Planck[3] § 203 Anm. 1, Schneider in ZHR. 44 380, RG. 48 410). Höhere Gewalt kann sowohl in Naturereignissen wie in Handlungen Dritter (RG. 9 X 02 EisenbEntsch. 19 258) oder unverschuldeten Handlungen des Beschädigten (RG. 21 19, 54 406; vgl. 55 411) liegen. Nicht nur in einem von außen einwirkenden, sondern auch in einem von innen auftretenden Ereignis (P. 794), z. B. einer Explosion im Innern des Eisenbahnwagens (RG. 3 VII 00 EisenbEntsch. 18 204), plötzlicher Ohnmacht oder Geisteskrankheit des Lokomotivführers (RG. 21 15f. Auch ein Ereignis, dessen Möglichkeit vorhersehbar ist, kann höhere Gewalt enthalten (ROH. 8 163). Eigene zurechenbare Handlungen des Frachtführers oder derjenigen, deren Verschulden er zu vertreten hat, sind dagegen nie höhere Gewalt. Daher haftet die Bahn bei Umwerfen des Zugs durch Sturm, wenn die Möglichkeit einer so starken Windstärke und die hierdurch drohende Gefahr bekannt und das Vorhandensein so starker Windstärke ohne außergewöhnliche Aufwendungen ermittelbar war, die Bahn aber diese Ermittlung unterließ, statt sie vorzunehmen und den Betrieb vorübergehend einzustellen (RG. 27 III 05 JW. 321[10]). Nicht schon jede Abwesenheit eines Verschuldens stempelt die einen Schaden verursachende Einwirkung zur höheren Gewalt (RG. 1 278, 14 83, 19 42); es gibt vielmehr auch Zufall, der nicht auf höherer Gewalt beruht. Für diesen Zufall haftet die Eisenbahn, wenn keine der übrigen in § 456 zugelassenen Einreden eingreift (ROH. 12 24, RG. 14 83, 21 18). So z. B. für diejenigen Zufälle, die im Eisenbahnbetrieb als ihm eigentümlich mehr oder minder häufig vorzukommen pflegen (Zusammenstöße, Entgleisungen, Überfahren Unzurechnungsfähiger usw.), auf die also die Bahn gefaßt sein muß (RG. 19 42, 44 30, 50 95, 54 406, OLG. Hamburg 10 II 91 ZHR. 40 536). Ebenso in der Regel für Diebstahl Dritter (P. 4696); doch kann ausnahmsweise auch Diebstahl (P. 4697) und häufiger Raub unter den Begriff der höheren Gewalt fallen (Eger VerkO. § 75 Anm. 414, vgl. Staub § 458 Anm. 3), dann nämlich, wenn sie, außer bei Anwendung unverhältnismäßig kostspieliger Vorsichtsmaßregeln, nicht abwendbar waren. Nur wenn die höhere Gewalt die alleinige Ursache des Schadens ist, greift die Einrede ohne weiteres durch (RG. 30 VI 83 GruchotsBeitr. 28 1097, 28 IX 85 GruchotsBeitr. 30 156, KG. 28 IX 98 KGBl. 90). Auf höhere Gewalt kann die Bahn sich nicht berufen, wenn die Ursache des Schadens unaufgeklärt geblieben ist (Bolze 2 Nr. 964, RG. 28 IX 85 GruchotsBeitr. 30 156).

d. **Äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung.** Die Verpackung ist mangelhaft, wenn sie nicht geeignet ist, das Gut vor den gewöhnlichen Fährlichkeiten der Beförderung zu schützen (Staub Anm. 11). In dem Aufgeben zur Beförderung mit mangelhafter Verpackung kann ein Verschulden des Absenders (oben zu a) liegen. Aber auch wenn dies nicht der Fall (was vorkommen kann, Düringer-Hachenburg Anm. III 3; dagegen Eger VerkO. § 75 Anm. 415, Lehmann Nr. 4), haftet die Bahn nicht für die Folgen äußerlich nicht erkennbarer Mängel. In welchen Fällen sie auch für äußerlich erkennbare nicht haftet, vgl. § 459 Anm. III b. — Äußerlich erkennbar ist z. B. das Verschließen eines Fasses durch eine nach der Gattung dieses Verschlusses nicht vor Lockerung sichere Messingschraube; anders, wenn die Gattung des Verschlusses einwandfrei ist und nur die einzelne Schraube verdeckte Mängel hat (RG. 26 IX 00 EisenbEntsch. 19 193).

e. **Natürliche Beschaffenheit des Guts.** Der § 456 erwähnt als Beispiele: inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage. Eine ähnliche Bestimmung und weitere Beispiele enthält § 459 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2. Zweifelhaft ist, in welchem Verhältnis die Bestimmung des § 456 zu derjenigen des § 459 Nr. 4 steht. Keine Unterscheidung beider Fälle läßt sich darauf bauen, daß in § 456 „Schwinden" und „gewöhnliche Leckage", in § 459 Nr. 4 aber nur „außergewöhnliche Leckage" genannt ist (dagegen Eger VerkO. § 77 Anm. 425), denn sowohl „Schwinden" wie „gewöhnliche Leckage" sind Unterfälle des in § 459 Nr. 4 erwähnten (Teil-)Verlusts. Die Unterscheidung ist vielmehr darin zu suchen, daß § 456 den Schaden erwähnt, der durch „die natürliche Beschaffenheit des Guts verursacht" ist, § 459 Nr. 4 aber denjenigen Schaden, der dadurch entsteht, daß das Gut „vermöge seiner eigentümlichen natür-

lichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr" dieses Verlusts ausgesetzt ist. Unter „besonderer" Gefahr ist hier eine besonders starke Gefahr verstanden (RG. 15 149, RG. 28 X 98 JW. 672 [33]). Der § 459 Nr. 4 und die Vermutung des § 459 Abs. 2 sind daher nur anwendbar bei Gütern, die besonders leicht verderblich oder minderbar sind (vgl. RG. 15 149) und insoweit bei diesen Gütern diese Gefahr reicht; dagegen der § 456 nicht nur in jenen Fällen, sondern auch dann, wenn auch ohne besonders starke Neigung zu Verderb oder Minderung diese Schädigungen infolge der Beschaffenheit des Guts eingetreten sind. — Für Verschulden haftet die Bahn nicht nur nach § 459 Abs. 3, sondern auch nach § 456; denn wenn die Bahn das nach seiner natürlichen Beschaffenheit empfindliche Gut, trotzdem sie diese Empfindlichkeit kennen mußte, schuldhaft ohne Rücksichtnahme darauf behandelt, greift die Einrede der Bahn aus § 456 nicht durch (Eger VerkO. § 75 Anm. 416, Staub Anm. 10). — Über das Verhältnis des § 456 zu § 460 vgl. § 460 Anm. II. — Unter „gewöhnlicher Leckage" ist das regelmäßige Dringen gewisser Flüssigkeiten durch die Fugen der Gebinde ohne deren äußere Beschädigung zu verstehen, unter „außergewöhnlicher Leckage" sowohl das infolge der eigentümlichen Beschaffenheit des Guts außergewöhnliche starke Aussickern, wie auch das durch äußere oder gewaltsame Beschädigung des Gefäßes herbeigeführte Auslaufen (RG. 56 402, OLG. Hamburg 20 VI 03 OLGRspr. 7 390).

V. **Beförderung von Wertgegenständen.** Nach dem in § 456 Abs. 2 angezogenen § 429 Abs. 2 haftet der Frachtführer für Verlust oder Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Wertpapieren nur, wenn ihm diese Beschaffenheit oder der Wert des Guts bei der Übergabe zur Beförderung angegeben worden ist. Näheres § 429 Anm. III. Da Wertgegenstände zu den nur bedingungsweise zur Beförderung zugelassenen Gütern gehören (VerkO. § 50 B 2), so greift für einen Teil der durch § 456 Abs. 2 getroffenen Fälle auch § 467 ein. Ist die vorgeschriebene Angabe gemacht, so haftet die Bahn nicht nach § 429 Abs. 1, sondern nach § 456 Abs. 1 (Staub Anm. 18, Düringer-Hachenburg Anm. IV). Über die Höhe des etwa zu leistenden Schadensersatzes vgl. §§ 462, 463 Abs. 2. Über Frachtzuschlag bei unrichtiger oder ungenauer Inhaltsangabe bestimmt VerkO. § 53 Abs. 8.

§ 457.

Höhe des zu ersetzenden Schadens.

Muß auf Grund des Frachtvertrags von der Eisenbahn für gänzlichen oder theilweisen Verlust des Gutes Ersatz geleistet werden, so ist der gemeine Handelswerth und in dessen Ermangelung der gemeine Werth zu ersetzen, welchen Gut derselben Art und Beschaffenheit am Orte der Absendung in dem Zeitpunkte der Annahme zur Beförderung hatte, unter Hinzurechnung dessen, was an Zöllen und sonstigen Kosten sowie an Fracht bereits bezahlt ist.

Im Falle der Beschädigung ist für die Minderung des im Abs. 1 bezeichneten Werthes Ersatz zu leisten.

Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann Ersatz des vollen Schadens gefordert werden.

ADH. (Art. 396). **Entw. I** — **Entw. II** § 449.

I. Verhältnis zur VerkO.
II. Verhältnis zu HGB. § 430.
III. Ersatzpflicht kraft Frachtvertrags.
IV. Verlust durch nichtgrobe Fahrlässigkeit.
V. Beschädigung durch nichtgrobe Fahrlässigkeit.
VI. Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit.

I. **Verhältnis zur Verkehrsordnung.** Die §§ 80, 83, 88 VerkO. lauten:

§ 80 Satz 1 wörtlich gleichlautend mit HGB. § 457 Abs. 1. § 80 Satz 2: „Vergleiche jedoch § 88."

§ 83. „Im Falle der Beschädigung des Guts ist für die Minderung des im § 80 bezeichneten Werts Ersatz zu leisten. Ist für den zu ersetzenden Wert des Guts auf Grund der Be-

stimmungen des § 81 im Tarif ein Höchstbetrag festgesetzt, so wird der für die Beschädigung zu leistende Ersatz verhältnismäßig gekürzt. Vergleiche jedoch § 88."

§ 88. „Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann in allen Fällen Ersatz des vollen Schadens gefordert werden."

Hiernach wiederholt die Verkehrsordnung die in § 457 enthaltenen Bestimmungen. Ob diese Wiederholung eine besondere Wirkung hat, vgl. § 471 Anm. III. Über VerkO. § 83 Satz 2 vgl. zu HGB. § 461.

II. **Verhältnis zu HGB. § 430.** Der § 457 weicht von § 430 darin ab, daß § 457 den Wert am Absendungsort im Zeitpunkt der Annahme zur Beförderung zu grund legt, § 430 dagegen den Wert am Bestimmungsort im Zeitpunkt der zu bewirkenden bezw. der erfolgten Ablieferung. Als Folge dieser Verschiedenheit des Ausgangspunkts der Berechnung in Verbindung damit, daß in § 430 in erster Reihe an den Fall nachträglicher Zahlung, in § 457 an den Fall der Vorauszahlung von Fracht und Auslagen gedacht ist, ergibt sich dann, daß nach § 457 Fracht und Auslagen, soweit bezahlt, hinzuzurechnen, nach § 430 aber der ersparte Teil von Fracht und Kosten abzuziehen ist. Infolge der Abweichung der Fassung des § 457 Abs. 2 von § 430 Abs. 2 besteht der fernere kleine Unterschied, daß der Betrag, von dem der Verkaufswert des beschädigten Guts abzuziehen ist, nach § 457 Abs. 2 der Wert unbeschädigten gleichartigen, nach § 430 Abs. 2 der Wert des unbeschädigten betreffenden Guts ist.

III. **Ersatzpflicht auf Grund des Frachtvertrags.** Vgl. § 430 Anm. I.

IV. **Verlust durch nichtgrobe Fahrlässigkeit (§ 457 Abs. 1).**

a. **Gemeiner Handelswert; in dessen Ermangelung gemeiner Wert.** Vgl. § 430 Anm. II a. Über Beschränkung bezw. Erweiterung des zu ersetzenden Betrags durch Festsetzung von Höchstbeträgen bezw. Angabe des Lieferungsinteresses vgl. §§ 461, 462, 465 Abs. 2 bezw. 463.

b. **Maßgebender Ort** ist der Ort der Absendung. Ein in der Reichstagskommission gestellter Antrag, auch bezüglich des Eisenbahnfrachtvertrags den Ablieferungsort für maßgebend zu erklären, wurde vor Abstimmung zurückgezogen (KB. 126).

c. **Maßgebende Zeit** ist die Annahme zur Beförderung, d. h. (vgl. § 453 Anm. V e) der Abschluß des Frachtvertrags.

d. **Hinzuzurechnen das an Kosten und Fracht bereits Bezahlte.** Als Beispiel der Kosten sind Zölle genannt. Hieraus geht hervor, daß nicht notwendig an die Bahn bezahlt zu sein braucht. Kosten steht allgemein für Aufwendungen; der Ersatzberechtigte wird daher z. B. auch ersetzt verlangen können Auslagen an Dritte für Miete der zur Beförderung verwendeten Säcke und angemessene Vergütung für Benutzung eigener Beförderungsmittel, z. B. eigener Sonderwagen.

e. **Erwirbt der Frachtführer Eigentum am verlorenen Gut?** Hierüber bestimmt für Reisegepäck VerkO. § 35 Abs. 2 und für sonstige Güterbeförderung VerkO. 82:

§ 35 Abs. 2. „Falls das Gepäckstück später gefunden wird, ist hiervon der Reisende, sofern sein Aufenthalt sich ermitteln läßt, auch wenn er bereits Entschädigung erhalten hat, zu benachrichtigen. Derselbe kann innerhalb 30 Tagen nach Empfang der Nachricht verlangen, daß ihm das Gepäckstück gegen Rückerstattung des erhaltenen Schadensersatzes, und zwar nach seiner Wahl entweder kostenfrei am Bestimmungsort oder kosten- und frachtfrei am Aufgabeorte, verabfolgt wird."

§ 82. „(1) Der Entschädigungsberechtigte kann, wenn er die Entschädigung für das in Verlust geratene Gut in Empfang nimmt, in der Quittung den Vorbehalt machen, daß er, für den Fall, als das Gut binnen 4 Monaten nach Ablauf der Lieferfrist wieder aufgefunden wird, hiervon seitens der Eisenbahnverwaltung sofort benachrichtigt werde. Über den Vorbehalt ist eine Bescheinigung zu erteilen.

(2) In diesem Falle kann der Entschädigungsberechtigte innerhalb 30 Tagen nach erhaltener Nachricht verlangen, daß ihm das Gut nach seiner Wahl an dem Versand- oder an dem im Frachtbrief angegebenen Bestimmungsorte kostenfrei gegen Rückerstattung der ihm bezahlten Entschädigung ausgeliefert werde.

(3) Wenn der im ersten Absatz erwähnte Vorbehalt nicht gemacht worden ist, oder wenn der Entschädigungsberechtigte in der im zweiten Absatze bezeichneten dreißigtägigen Frist

das dort vorgesehene Begehren nicht gestellt hat, oder endlich, wenn das Gut erst nach 4 Monaten nach Ablauf der Lieferfrist wieder aufgefunden wird, so kann die Eisenbahn über das wieder aufgefundene Gut frei verfügen."

V. **Beschädigung durch nichtgrobe Fahrlässigkeit (§ 457 Abs. 2).** Für die Minderung des in Abs. 1 bezeichneten Werts ist Ersatz zu leisten. Der zu ersetzende Betrag besteht also in

a. dem gemeinen Handelswert bezw. dem gemeinen Wert von Gut derselben Art und Beschaffenheit am Ort der Absendung zur Zeit der Annahme zur Beförderung zuzüglich bezahlter Zölle und sonstiger Kosten (außer Fracht), abzüglich des Verkaufswerts des Guts im beschädigten Zustand am Ablieferungsort zur Zeit der Ablieferung; zuzüglich

b. der für unbeschädigtes Gut an die Bahn bezahlten Fracht, abzüglich (Rundnagel in ZHR. 55 451 gegen herrschende Meinung) eines der Bahn verbleibenden Teilbetrags dieser Fracht, der im Verhältnis des Werts des beschädigten Guts am Ablieferungsort zum Wert des unbeschädigten Guts am Ablieferungsort steht.

Wie der zu a erwähnte Verkaufswert des Guts im beschädigten Zustand am Ablieferungsort zur Zeit der Ablieferung zu berechnen ist, vgl. § 430 Anm. III a. Weder hat die Bahn das Recht, gegen Leistung des vollen Werts die beschädigte Sache zu behalten (§ 430 Anm. III e), noch hat der Ersatzberechtigte das Recht, eine solche Übernahme zu fordern (§ 430 Anm. III f). Über Beschränkung bezw. Erweiterung des zu ersetzenden Betrags durch Festsetzung von Höchstbeträgen bezw. Angabe des Lieferungsinteresses vgl. §§ 461, 462, 465 Abs. 2 bezw. 463.

VI. **Vorsätzliche oder grobfahrlässige Herbeiführung von Verlust oder Beschädigung (§ 457 Abs. 3).** Vgl. § 430 Anm. IV.

§ 458.

Haftung für Leute oder Beförderungsausführende.

Die Eisenbahn haftet für ihre Leute und für andere Personen, deren sie sich bei der Ausführung der Beförderung bedient.

ADH. (Art. 400). **Entw. I** § 431. **Entw. II** § 450.

I. **Verhältnis zur Verkehrsordnung.**

Wörtlich gleichlautend mit § 458 ist VerkO. § 9. Dennoch haben die beiden Vorschriften mindestens in einer, aber wohl sogar in mehrfacher Beziehung eine verschiedene Tragweite.

Da die VerkO. sich nicht auf Kleinbahnen bezieht, so ist auch VerkO. § 9 nicht auf Kleinbahnen anwendbar. Dagegen findet HGB. § 458 auch auf Kleinbahnen Anwendung (§ 473 Anm. II a).

Der § 9 VerkO. steht in dem Abschnit II der VerkO. („Allgemeine Bestimmungen"). Er bezieht sich daher auf alle der VerkO. unterliegenden Arten der Personen- und Güterbeförderung, sowohl auf Verlust oder Beschädigung wie auch auf Verspätung, wie endlich auch auf sonstige Vorkommnisse. Sehr zweifelhaft aber ist, ob dem § 458 dieselbe umfassende Anwendbarkeit zugewiesen werden darf.

Zwar enthält der Wortlaut des § 458 keine Einschränkung, und nach D. 259 wiederholt § 458 die Vorschrift des Art. 400 ADH., welch letzterer sich allerdings nur auf Güterbeförderung, aber auch auf andere Fälle als auf Verlust und Beschädigung bezog. Zweifelhaft aber ist schon, ob der in D. 259 angegebene Grund für die Aufnahme der besonderen Vorschrift des § 458, daß nämlich die Bahn im Gegensatz zum sonstigen Frachtführer unter Umständen auch für unverschuldeten Schaden hafte, für den Fall des Verspätungsschadens zutrifft (hierüber vgl. § 466 Anm. I b). Die Bestimmung steht im Gesetz eingekeilt zwischen anderen Bestimmungen, die sich ausschließlich auf Güterbeförderung und ausschließlich auf den Fall von Verlust und Beschädigung beziehen (bezüglich des § 459 vgl. jedoch § 459 Anm. II);

man müßte daher eine sehr ungeschickte Anordnung der einzelnen Paragraphen voraussetzen, wenn man den § 458 über jene Fälle ausdehnen wollte. Entscheidend aber erscheint für die Feststellung des Willens des Gesetzgebers, daß die Denkschrift 270 den Randvermerk gibt: „Ersatzpflicht der Eisenbahnen bei Verlust oder Beschädigung von Frachtgütern (§§ 448 bis 456)." Die §§ 448—456 des Entwurfs sind die jetzigen §§ 456—464. Die Denkschrift weist also den § 458 ausdrücklich den Bestimmungen zu, die nur auf Verlust oder Beschädigung von Frachtgütern Bezug haben. Er wird daher als nur diesen Fall betreffend ausgelegt werden müssen (dagegen Lehmann Nr. 2; auch Staub § 466 Anm. 2, Düringer-Hachenburg Anm. III 3 b, nicht folgerichtig zu der von ihnen bezüglich des § 459 vertretenen Meinung).

Will man aber der hier verworfenen Ansicht folgen und mithin annehmen, daß § 458 eine nicht auf Verlust oder Beschädigung von Frachtgütern beschränkte Vorschrift enthält, so läge andererseits kein genügender Grund vor, die Anwendbarkeit des § 458 auf **Güter**beförderung zu beschränken (dagegen Eger VerkO. § 9 Anm. 31, RG. 19 IV 04 JW. 358[10], und anscheinend auch 24 V 05 JW. 426[4]), denn nach seiner Fassung unterscheidet er nicht, nach der Überschrift des Abschnitts 7 beziehen sich dessen Vorschriften — soweit nicht die einzelne Vorschrift nach ihrer Fassung eine beschränktere Tragweite hat — auf **beide** Arten des Verkehrs, und § 472 hat keine stärkere Wirkung als § 458 oder als der **nur** auf Personenbeförderung (§ 425 Anm. II f) bezügliche § 465 Abs. 3, kann daher nur dahin verstanden werden (§ 472 Anm. I b), daß er nur insoweit auf die Verkehrsordnung verweisen wolle, als nicht sonstige Bestimmungen des HGB. eingreifen.

Welche Wirkung die wörtliche Wiederholung einer Bestimmung des HGB. in der VerkO. hat in Bezug auf Zulässigkeit abweichender Parteiabreden, vgl. § 471 Anm. III.

II. **Verhältnis zu HGB. § 431.**

a. **Anwendungsgebiet.** Beschränkt man den § 458 auf Verlust oder Beschädigung (oben Anm. I), so würde an sich im übrigen § 431 anwendbar sein. Doch ist § 431, da er im sechsten Abschnitt steht, durch VerkO. § 9 geändert (§ 454). Der § 431 würde daher nur bei Kleinbahnen für andere Fälle als Verlust oder Beschädigung zur Anwendung kommen.

b. **Inhaltlicher Unterschied.** Bei dem gewöhnlichen Frachtvertrag haftet der Frachtführer nur für **Verschulden** (§ 429 Anm. II b); aus diesem Grund läßt § 431 den Frachtführer auch nur für **Verschulden** anderer Personen haften. Beim Eisenbahnfrachtvertrag (§ 456 Anm. IV c) haftet dagegen die Bahn in gewissem Umfang auch für **Zufall**. Mit Rücksicht hierauf und im Anschluß an Berner Vertrag Art. 29 (D. 271) ist in § 458 eine Fassung gewählt, die auch die Haftung für Zufall deckt. Auch **außerhalb** eines Vertragsverhältnisses haftet die Bahn in gewissem Umfang für Zufall (HaftpflichtG. § 1); doch bezieht sich § 458 ebensowenig wie § 431 (§ 431 Anm. III a) auf außervertragliche Haftung.

III. **Die Personen, für welche die Eisenbahn haftet.**

a. **Ihre Leute.** Vgl. § 431 Anm. II a.

b. **Andere Personen, deren sie sich bei der Ausführung der Beförderung bedient.** Vgl. § 431 Anm. II b.

c. **Gepäckträger.** VerkO. § 37 bestimmt, daß die von der Bahn bestellten Gepäckträger „unter Verantwortlichkeit der Eisenbahnverwaltung im Sinne von § 34 Abs. 1 und 4 dieser Ordnung auf Verlangen der Reisenden deren Reise- und Handgepäck im Stationsbereiche nach und von den Wagen, Abfertigungsstellen usw. zu schaffen haben." Soweit darüber hinaus ein Gepäckträger Reisegepäck zur eigenen Aufbewahrung oder zur Beförderung nach der Wohnung des Reisenden übernimmt, ist die Bahn nicht verantwortlich (OLG Kiel 7 V 03 OLGRspr. 7 154 EisenbEntsch. 20 164). Ob der Gepäckträger, auch soweit er innerhalb des Stationsbereichs handelt, Frachtführer ist und als Gesamtschuldner neben der Bahn haftet, ist streitig; für Bejahung Reindl in EisenbEntsch. 19 81, Düringer-Hachenburg III 3 c, Goldmann Nr. 4, für Verneinung Gorden aaO. 19 285. Soweit der Gepäckträger außerhalb des Stationsbereichs handelt, ist er Frachtführer (OLG Hamburg 29 VII 00 OLGRspr. 2 100).

d. **Rollfuhrunternehmer.**

1. Die VerkO. § 68 Abs. 3, 4 lautet:

„(3) Die Eisenbahn kann, wo sie es für angemessen erachtet, Rollfuhrunternehmer

zum An- und Abfahren der Güter innerhalb des Stationsorts oder von und nach seitwärts gelegenen Ortschaften bestellen, auch an letzteren Güternebenstellen einrichten. Die Rollfuhrunternehmer gelten als Leute der Eisenbahn im Sinne des § 9 der Verkehrsordnung. Vergleiche § 60 Abs. 3". Der § 60 Abs. 3 bestimmt über die zu zahlenden Gebühren.

„(4) Sind für Güter, deren Bestimmungsort nicht an der Eisenbahn gelegen oder eine nicht für den Güterverkehr eingerichtete Station ist, seitens der Verwaltung Einrichtungen zum Weitertransport nicht getroffen, so hat die Eisenbahn, wenn nicht wegen sofortiger Weiterbeförderung vom Absender oder Empfänger Verfügung getroffen ist, entweder den Empfänger nach Maßgabe der vorstehenden Bestimmungen zu benachrichtigen oder die Güter mittelst eines Speditörs oder einer anderen Gelegenheit nach dem Bestimmungsort auf Gefahr und Kosten des Absenders weiter befördern zu lassen."

2. Rollfuhrunternehmer der in VerkO. § 68 Abs. 3 genannten Art. Für ihn hat nach Abs. 3 Satz 2 die Eisenbahn wie für einen Angestellten zu haften (RG. 13 371). Auch in allen anderen bürgerlichrechtlichen, die Haftpflicht aus dem Frachtvertrag betreffenden Beziehungen ist ein solcher Rollfuhrunternehmer (ähnlich wie der Posthalter, § 425 Anm. IIe 3) nach der ausdrücklichen Bestimmung in Abs. 3 („Leute", nicht „andere Personen, deren sie sich bedient") als Angestellter der Bahn und nicht als selbständiger Frachtführer (zust. Düringer-Hachenburg Anm. III 3b; dagegen anscheinend RGSt. 32 221) anzusehen, insbesondere nicht als Frachtführer, der auf Grund durchgehenden Frachtbriefs befördert (dagegen ROH. 7 102, Eger VerkO. § 68 Anm. 360, 361, LG. Brünn 12 X 05 EisenbEntsch. 22 372). Mithin hat der Empfänger bezw. Absender aus dem Frachtvertrag keinen Anspruch unmittelbar gegen den Rollfuhrunternehmer (ebenso Schott bei Endemann 3 443, Düringer-Hachenburg Anm. III 3b, Goldmann Nr. 3; dagegen Str. 58 23, ROH. 7 102), sondern nur einen Anspruch gegen die Bahn. Gegen letztere sowohl bezüglich der Zureise von der Wohnung des Absenders bis zum Bahnhof (ROH. 24 303) wie auch bezüglich der Beförderung vom Bahnhof bis zur Wohnung des Empfängers (ROH. 7 103, vgl. VerkO. § 76 Abs. 2). Die Haftung auch für diese Teile der Reise unterliegt den Regeln der Eisenbahnverkehrsordnung (Str 58 26, ROH. 7 104).

3. Fuhrmann der in VerkO. § 68 Abs. 4 genannten Art. Ein solcher von der Bahn etwa beauftragter Fuhrmann ist selbständiger Frachtführer. Die Ablieferungspflicht der Eisenbahn ist durch Ablieferung an den Fuhrmann erledigt. Sie haftet daher nicht für etwaiges Verschulden des Fuhrmanns (ROH. 8 25), sondern nur für Verschulden bei Auswahl desselben (§ 468, § 432 Anm. Ia 1, § 408, vgl. VerkO. § 76 Abs. 1; zust. Düringer-Hachenburg Anm. III 3e). Der Fuhrmann befördert nicht als Unterfrachtführer der Eisenbahn auf Grund durchgehenden Frachtvertrags, sondern als Zwischenfrachtführer auf Grund selbständigen Frachtvertrags, den die Eisenbahn in eigenem Namen für Rechnung des Absenders mit ihm abgeschlossen hat (vgl. § 432 Anm. Ia); seine Haftung unterliegt daher auch nicht den Regeln der Eisenbahnverkehrsordnung (dagegen Lehmann 2 333 Note 3). Ob im Verhältnis des Absenders zum Empfänger (z. B. des Verkäufers zum Käufer) bereits in der Übergabe seitens der Bahn an den Fuhrmann oder erst in der Übergabe seitens des Fuhrmanns an den Empfänger die vom Absender geschuldete Ablieferung liegt, hängt davon ab, welche dieser beiden Übergaben der Absender dem Empfänger nach der zu grund liegenden Parteiabrede im Einzelfall zu leisten verpflichtet war.

IV. **Das zu vertretende Verhalten der Personen, für welche die Eisenbahn haftet.** Der § 458 bezieht sich, wie § 431, nur auf die auf dem Vertragsverhältnis beruhende Haftung; vgl. daher § 431 Anm. IIIa, c. Über die Haftung für Auskünfte vgl. § 384 Anm. IIb, Hertzer in EisenbEntsch. 22 407. Über die Frage, ob ein bei Ausführung der Beförderung hervorgetretenes Verhalten notwendige Voraussetzung des Anspruchs ist, vgl. § 431 Anm. IIIb. Ob § 458 nur dann zur Anwendung kommt, wenn das zu vertretende

Verhalten einen Verlust oder eine Beschädigung zur Folge hat, oder auch dann, wenn es in anderer Weise schadenbringend einwirkt, vgl. oben Anm. I.

V. **Vertretungspflicht der Eisenbahn.** Vgl. § 431 Anm. IV. Die Bahn haftet nicht nur für Verschulden (oben Anm. II), sondern schlechthin (D. 271) für die in § 458 bezeichneten Personen. Namentlich also auch dann, wenn der keine höhere Gewalt darstellende Zufall sich in der Person eines der Leute oder der Gehilfen ereignet (Staub Anm. 1). — Über Unzulässigkeit vertraglicher Beschränkung der Vertretungspflicht vgl. § 471.

§ 459.

Kein Ersatz des Schadens aus gewissen Gefahren.

Die Eisenbahn haftet nicht:

1. in Ansehung der Güter, die nach der Bestimmung des Tarifs oder nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung mit dem Absender in offen gebauten Wagen befördert werden,
   für den Schaden, welcher aus der mit dieser Beförderungsart verbundenen Gefahr entsteht;
2. in Ansehung der Güter, die, obgleich ihre Natur eine Verpackung zum Schutze gegen Verlust oder Beschädigung während der Beförderung erfordert, nach Erklärung des Absenders auf dem Frachtbrief unverpackt oder mit mangelhafter Verpackung zur Beförderung aufgegeben worden sind,
   für den Schaden, welcher aus der mit dem Mangel oder mit der mangelhaften Beschaffenheit der Verpackung verbundenen Gefahr entsteht;
3. in Ansehung der Güter, deren Aufladen und Abladen nach der Bestimmung des Tarifs oder nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung mit dem Absender von diesem oder von dem Empfänger besorgt wird,
   für den Schaden, welcher aus der mit dem Aufladen und Abladen oder mit einer mangelhaften Verladung verbundenen Gefahr entsteht;
4. in Ansehung der Güter, die vermöge ihrer eigenthümlichen natürlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr ausgesetzt sind, Verlust oder Beschädigung, namentlich Bruch, Rost, inneren Verderb, außergewöhnliche Leckage, Austrocknung und Verstreuung, zu erleiden,
   für den Schaden, welcher aus dieser Gefahr entsteht;
5. in Ansehung lebender Thiere
   für den Schaden, welcher aus der für sie mit der Beförderung verbundenen besonderen Gefahr entsteht;
6. in Ansehung derjenigen Güter, einschließlich der Thiere, welchen nach der Eisenbahnverkehrsordnung, dem Tarif oder nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung mit dem Absender ein Begleiter beizugeben ist,
   für den Schaden, welcher aus der Gefahr entsteht, deren Abwendung durch die Begleitung bezweckt wird.

Konnte ein eingetretener Schaden den Umständen nach aus einer der im Abs. 1 bezeichneten Gefahren entstehen, so wird vermuthet, daß er aus dieser Gefahr entstanden sei.

Eine Befreiung von der Haftpflicht kann auf Grund dieser Vorschriften nicht

geltend gemacht werden, wenn der Schaden durch Verschulden der Eisenbahn entstanden ist.

ADH. Art. 424. **Entw. I** § 432. **Entw. II** § 451.

I. **Verhältnis zur Verkehrsordnung.** Der § 77 VerkO. stimmt wörtlich mit § 459 überein mit folgenden Abweichungen:

a. In Abs. 1 Nr. 2 und 4 heißt es: „gänzlichen oder teilweisen Verlust" statt „Verlust". Dies ist ohne sachliche Bedeutung, da (§ 390 Anm. I a) „Verlust" in § 459 auch den teilweisen Verlust einschließt.

b. In Abs. 1 Nr. 3 heißt es „Auf- und Abladen" statt „Aufladen und Abladen", in Abs. 1 Nr. 6 „nach dieser Ordnung" statt „nach der Eisenbahnverkehrsordnung". Beides hat keine sachliche Bedeutung.

c. In Abs. 1 Nr. 2 steht hinter „Frachtbrief" die Klammer: „(§ 58)". Über den Inhalt des § 58 VerkO. vgl. unten Anm. III b.

d. In Abs. 1 Nr. 1 und 3 heißt es „nach der Bestimmung dieser Ordnung oder des Tarifs oder nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung" statt „nach der Bestimmung des Tarifs oder nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung". Ob diese Änderung gültig ist, vgl. § 453 Anm. III d. Über die sachlichen Vorschriften der VerkO. über die betreffenden Gegenstände vgl. unten Anm. III a, c.

e. In Abs. 1 Nr. 1 ist hinter „Gefahr entsteht" hinzugesetzt: „hierunter ist auffallender Gewichtsabgang oder der Verlust ganzer Stücke nicht zu verstehen." Dieser Zusatz der VerkO. hat keine selbständige Bedeutung; denn soweit darin eine Abweichung von § 459 läge, würde er ungültig sein (§ 471 Anm. II c; dagegen Eger VerkO. § 77 Anm. 420, Staub Anm. 19, Düringer-Hachenburg Anm. II zu Ziff. 1).

Ob die wörtliche Wiederholung einer Vorschrift des HGB. in der Verkehrsordnung eine besondere Wirkung hat, vgl. § 471 Anm. III.

II. **Verhältnis zu HGB. §§ 456, 429.** Der § 459 greift nach seinem Wortlaut über den Fall des § 456 hinaus, denn § 456 bestimmt nur über Schaden durch Verlust oder Beschädigung, § 459 aber (wenngleich Nr. 2 und 4 als Voraussetzung die Gefahr von „Verlust oder Beschädigung" erwähnen) über Schaden allgemein. Ob nur ein Fassungsfehler vorliegt, oder ob das Weitergreifen beabsichtigt war, ist zweifelhaft, denn einerseits beziehen sich die vorhergehenden §§ 456, 457 und die nachfolgenden §§ 460 bis 465 nur auf Verlust und Beschädigung, andererseits ist auch § 458 mitten in jene auf Verlust und Beschädigung bezüglichen Bestimmungen hineingestellt, sowohl für § 458 (soweit er über § 431 hinausreicht) wie für § 459 ergibt sich aber ein Anwendungsgebiet außerhalb der Fälle von Verlust und Beschädigung, wenn § 466 mit der Denkschrift dahin ausgelegt wird (§ 466 Anm. I b), daß die Haftung für Versäumung der Lieferfrist unter Umständen auch außerhalb von Verschulden der Bahn eintritt. Angesichts dieses Zweifels wird auch bezüglich des § 459 ebenso wie bezüglich des § 458 (§ 458 Anm. I) der Randvermerk der D. 270 entscheidend sein müssen, der den § 459 den über Ersatzpflicht bei Verlust oder Beschädigung handelnden Vorschriften zuzählt. Der § 459 ist daher nicht als auch auf anderen als den durch Verlust oder Beschädigung entstandenen Schaden anwendbar zu erachten (ebenso Staub Anm. 2, Düringer-Hachenburg Anm. II und nach früherem Recht ROH. 12 24, Thöl 3 168 ff.). Nach D. 271 schließt sich § 459 an Berner Vertrag Art. 31 an, der in allen wesentlichen Beziehungen mit ADH. Art. 424 übereinstimmt. — Der Schwerpunkt der Bestimmung des § 459 liegt in der im Abs. 2 aufgestellten Vermutung (ROH. 6 178, 12 24, RG. 15 149).

III. **Die einzelnen Gefahren, für welche die Eisenbahn nicht haftet (§ 459 Abs. 1).** Bezüglich derselben Sendung können gleichzeitig mehrere der in § 459 Abs. 1 aufgezählten Haftbeschränkungen vorliegen.

a. Beförderung in offenen Wagen (Nr. 1).

1. Bestimmung des Tarifs oder in den Frachtbrief aufgenommene Vereinbarung mit dem Absender.

Der Begriff „Tarif" darf nicht auf das eigentliche Verzeichnis der Fahr- und Fracht-Preisansätze beschränkt werden, sondern ist auch auf sonstige Festsetzungen von Beförderungsregeln auszudehnen (ROH. 21 109), falls diese ordnungsmäßig veröffentlicht sind (vgl. VerkO. § 7).

Ob auch eine Vorschrift der Verkehrsordnung erheblich, vgl. oben Anm. I d. Verkehrsordnung § 57 lautet:

„(1) Der Absender ist, sofern nicht eine Bestimmung der Verkehrsordnung, oder Zoll-, Steuer- und polizeiliche Vorschriften oder zwingende Gründe des Betriebs entgegenstehen, berechtigt, durch schriftlichen Vermerk auf dem Frachtbriefe zu verlangen:

1. daß bei denjenigen Gütern, welche nach dem Tarif in offen gebauten Wagen befördert werden, die Beförderung in gedeckt gebauten Wagen erfolge,
2. daß bei denjenigen Gütern, welche nach dem Tarif in gedeckt gebauten Wagen befördert werden, die Beförderung in offen gebauten Wagen stattfinde.

(2) Im ersteren Falle kann die Eisenbahn einen im Tarif festzusetzenden Zuschlag zur Fracht erheben.

(3) Der Tarif bestimmt, ob und unter welchen Bedingungen auf den im Frachtbriefe zu stellenden Antrag des Absenders Decken für offen gebaute Wagen mietweise überlassen werden."

Zahlreiche Bestimmungen darüber, welche Güter in offenen Wagen zu befördern sind, finden sich auch in der einen Teil der VerkO. bildenden Anlage B zur VerkO. (bedingungsweise zur Beförderung zugelassene Güter).

Auf eine nicht in den Frachtbrief aufgenommene Vereinbarung, daß in offenen Wagen befördert werden solle, kann sich die Eisenbahn nicht berufen (D. 271, RG. 11 XI 05 JW. 06 12[9]), um darauf eine Einwendung aus § 459 zu stützen. Auf Grund nur mündlichen Auftrags des Absenders kann die Eisenbahn nicht nur nicht die Vermutung des § 459 Abs. 2 für sich geltend machen, sondern auch nicht etwa (was OLG. Posen 2 V 04 OLGRspr. 9 277 annimmt) die Einwendung aus § 456 erheben, daß der Schaden infolge einer nicht von der Eisenbahn verschuldeten Anweisung des Verfügungsberechtigten entstanden sei (Reindl EisenbEntsch. 21 188), denn eine einseitige Anweisung, wie sie in § 456 vorausgesetzt ist (§ 456 Anm. IV b), steht hier nicht in Frage. Der Vermerk „zwei Wagendecken" im Frachtbrief enthält eine in den Frachtbrief aufgenommene genügend deutliche Anweisung zur Beförderung in offenem Wagen (RG. 11 XI 05 JW. 06 12[9]). Hat die Bahn ohne Verpflichtung einen bedeckten statt eines offenen Wagens benutzt, so findet die Haftungsbeschränkung des § 459 Nr. 1 dennoch Anwendung, z. B. bei Durchregnen infolge Schadhaftigkeit des Dachs (ROH. 25 171, RG. 1 17). Ebenso, wenn die Bahn freiwillig einen offenen Wagen mit einer Regendecke versehen hat (ROH. 13 432, 14 219, 20 239, RG. 10 106). In solchem Fall liegt kein zu vertretendes Verschulden darin, daß das Dach des bedeckten Wagens oder die Regendecke durchlässig für Wasser oder sonst schadhaft ist (ROH. 13 433, 20 239; dagegen ROH. 25 172).

Ist das Frachtgut über mehrere Eisenbahnstrecken versendet, und war nur für einzelne dieser Strecken Beförderung in offenen Wagen vereinbart, so kann sich die Bahn auf § 459 nur berufen, wenn feststeht, daß gerade auf einer derjenigen Strecken, auf welcher Beförderung in offenen Wagen vereinbart war, der Schaden eingetreten ist (ROH. 3 64). Entsprechend, wenn zwar auf der ganzen Bahnstrecke in offenen Wagen zu beförden war, aber zweifelhaft ist, ob der Schaden während der eigentlichen Bahnbeförderung oder erst gelegentlich der Ablieferungshandlungen oder eines sonstigen späteren Verfahrens mit dem Gut eingetreten ist, falls auf dieses spätere Verfahren die Vereinbarung der Beförderung im offenen Wagen sich nicht bezog, z. B. ein Ablieferungsverzug der Bahn stattgefunden hat (ROH. 11 296, vgl. ROH. 13 433).

2. Offener Wagen. Hierzu gehören alle nicht mit fester Bedeckung von oben (ROH.

14 219, RG. 10 106) versehenen Wagen. Beförderung in offenem Wagen verliert daher nicht diese Eigenschaft, wenn eine bewegliche Decke über das Gut gelegt wird (VerkO. § 57 Abs. 3, ROH. 3 102, 12 120, 14 219, RG. 10 106), oder wenn das Gut sich in einem Möbelwagen befindet, der auf einen offenen Eisenbahnwagen gestellt wird (RG. 34 44). Zwar für die Anwendung des § 459 Nr. 1, aber nicht auch in allen sonstigen Beziehungen zählen als offene Wagen diejenigen, die zwar feste Bedachung, aber statt der Seitenwände nur Latten haben.

3. Schaden, der aus der mit dieser Beförderungsart verbundenen Gefahr entsteht. Selbst für diesen Schaden haftet die Bahn, wenn sie ihn verschuldet hat (§ 459 Abs. 3). Für Schaden, der aus anderen Gefahren entsteht, haftet sie nach den allgemeinen Regeln der §§ 456, 466 (ROH. 12 24). So z. B. wenn die Bahn die erforderlichen Vorkehrungen zur Beschränkung des Funkenflugs unterläßt (RG. 34 46) oder schlechtes, den Funkenflug vermehrendes Heizmaterial verwendet (ROH. 15 89, RG. 34 46) oder den fraglichen Wagen, trotzdem die Feuergefährlichkeit seines Inhalts erkennbar war (OLG. Posen 2 V 04 OLGRspr. 9 278), an einen besonders gefährdeten Platz, insbesondere zu nahe der Lokomotive, in den Zug einstellt (RG. 20 122, 34 46, OLG. Darmstadt 24 IV 03 EisenbEntsch. 21 120). — Mit Beförderung in offenen Wagen ist namentlich die Gefahr von Witterungseinflüssen, aber auch die Gefahr leichter Inbrandsetzung (RG. 34 44, Bolze 4 Nr. 694, Bd. 16 Nr. 399) und leichterer Entwendung (ROH. 6 175, 19 135) verbunden. Die Bestimmung der VerkO. § 77 Nr. 1, daß unter der in § 459 Nr. 1 bezeichneten Gefahr nicht auffallender Gewichtsabgang und Verlust ganzer Stücke begriffen sei, enthält daher für manche Einzelfälle eine Abweichung vom HGB.; ob sie insoweit gültig ist, vgl. oben Anm. I e.

b. **Unverpackte oder mangelhaft verpackte verpackungsbedürftige Güter (Nr. 2).**

1. Allgemeines. Voraussetzung ist erstens, daß die Güter nach ihrer Natur eine Verpackung zum Schutz gegen während der Beförderung etwa eintretenden Verlust oder Beschädigung benötigen, zweitens, daß sie unverpackt oder mit mangelhafter Verpackung zur Beförderung aufgegeben sind, und drittens, daß der Absender dies durch Erklärung auf dem Frachtbrief anerkannt hat. Liegen diese Voraussetzungen vor, so haftet die Bahn nicht für den Schaden, der aus dem Mangeln der Verpackung oder aus deren mangelhafter Beschaffenheit entsteht, außer (Abs. 3) bei Verschulden; näheres vgl. oben Anm. III a 3. Der § 459 Nr. 2 setzt voraus, daß die Mangelhaftigkeit einer etwaigen Verpackung äußerlich erkennbar sei, behandelt daher einen anderen Fall als § 456, insoweit dieser die Einrede eines äußerlich nicht erkennbaren Mangels der Verpackung erwähnt. Da mangelhafte Verpackung in der Regel (§ 456 Anm. IV d) ein Verschulden des Absenders einschließt (RG. 15 151), so kommt in Frage, ob der Inhalt des § 459 Nr. 2 für diese Regelfälle bereits durch die aus § 456 sich ergebende Einrede des Verschuldens des Absenders gedeckt ist. Dies ist in der Tat der Fall. Der § 459 Nr. 2 ist wichtig nur wegen der Vermutung in § 459 Abs. 2 (Staub Anm. 6) und wegen des aus ihm zu ziehenden Gegenschlusses, daß bei äußerlich erkennbaren Mängeln der Verpackung in anderen als den in § 459 Nr. 2 erwähnten Fällen die Bahn trotz § 456 haftet, auch wenn sie ohne Verschulden sein sollte. Für die Zulässigkeit dieses Gegenschlusses spricht auch VerkO. § 58 Abs. 3 Satz 2. Über die Frage, ob die Bahn durch Annahme eines Guts mit äußerlich erkennbaren Verpackungsmängeln auch das Recht auf einen etwa geschuldeten Frachtzuschlag verliert, vgl. § 426 Anm. IV b.

Über Verpackung des Guts bestimmt VerkO. § 58 Abs. 1—3:

„(1) Soweit die Natur des Frachtguts zum Schutze gegen Verlust, Minderung oder Beschädigung auf dem Transport eine Verpackung nötig macht, liegt die gehörige Besorgung derselben dem Absender ob.

(2) Ist der Absender dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, so ist die Eisenbahn, falls sie nicht die Annahme des Guts verweigert, berechtigt zu verlangen, daß der Absender auf dem Frachtbriefe das Fehlen oder die Mängel der Verpackung unter spezieller Bezeichnung anerkennt und der Versandstation hierüber außerdem eine besondere Erklärung nach Maßgabe des vorgeschriebenen Formulars (Anlage E) ausstellt.

Sofern ein Absender gleichartige der Verpackung bedürftige Güter unverpackt oder mit denselben Mängeln der Verpackung auf der gleichen Station aufzugeben pflegt, kann er an Stelle der besonderen Erklärung für jede Sendung ein für allemal eine allgemeine Erklärung nach dem in der Anlage F vorgeschriebenen Formular abgeben. In diesem Falle muß der Frachtbrief außer der oben vorgesehenen Anerkennung einen Hinweis auf die der Versandstation abgegebene allgemeine Erklärung enthalten. Solche Formulare sind von der Abfertigungsstelle bereit zu halten.

(3) Für derartig bescheinigte sowie für solche Mängel der Verpackung, welche äußerlich nicht erkennbar sind, hat der Absender zu haften und jeden daraus entstehenden Schaden zu tragen, beziehungsweise der Bahnverwaltung zu ersetzen. Ist die Ausstellung der gedachten Erklärung nicht erfolgt, so haftet der Absender für äußerlich erkennbare Mängel der Verpackung nur, wenn ihm ein arglistiges Verfahren zur Last fällt."

2. Aufgegebenes Reisegepäck. Hierüber bestimmt VerkO. § 31 Abs. 1:

„Das Reisegepäck muß sicher und dauerhaft verpackt sein. Bei mangelnder oder ungenügender Verpackung kann es zurückgewiesen werden. Wird derartiges Gepäck zur Beförderung angenommen, so ist die Eisenbahn berechtigt, auf dem Gepäckschein einen entsprechenden Vermerk zu machen. Die Annahme des Gepäckscheins mit dem Vermerke gilt als Anerkenntnis dieses Zustands durch den Reisenden."

Da nach VerkO. § 34 Abs. 1 die Vorschriften des Abschnitts VIII VerkO., also auch VerkO. § 77 Abs. 1 Nr. 2, sinngemäße Anwendung auf aufgegebenes Reisegepäck finden, so geht die VerkO. davon aus, daß durch Annahme eines mit Vermerk gemäß VerkO. § 31 Abs. 1 versehenen Gepäckscheins seitens des Reisenden eine Beschränkung der Haftung der Bahn gemäß § 459 Abs. 1 Nr. 2 eintritt. Gegen die entsprechende Anwendung des § 459 Abs. 1 Nr. 2 spricht wohl nicht, daß er nur den Fall eines Frachtbriefs erwähnt, während Reisegepäck nicht mit Frachtbrief, sondern mit Gepäckschein befördert wird; allerdings sind an anderen Stellen (§§ 463, 466 Abs. 2) ausdrücklich Frachtbrief und Gepäckschein nebeneinander genannt. Die entsprechende Ausdehnung des § 459 Abs. 1 Nr. 2 wird jedoch nicht soweit gehen dürfen, daß man der an dieser Stelle bestimmten eigenen ausdrücklichen Erklärung des **Absenders** die stillschweigende Annahme einer Erklärung der **Bahn** gleichstellt. Hiernach ist § 459 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 als nicht anwendbar im Fall des § 31 Abs. 1 Satz 4 VerkO. zu erachten (zust. Düringer-Hachenburg Anm. II zu Ziff. 2; dagegen Eger VerkO. § 31 Anm. 123). Bei aufgegebenem Reisegepäck würde sich dann die Haftung der Bahn bei äußerlich erkennbaren Verpackungsmängeln nach § 456 mit der dort zugelassenen Einrede eigenen Verschuldens des Absenders richten, wobei die — an sich gültige — Unterstellung des § 31 Abs. 1 Satz 4 VerkO. erheblich werden kann.

c. **Aufladen und Abladen durch Absender oder Empfänger (Nr. 3).**

1. Bestimmung des Tarifs oder in den Frachtbrief aufgenommene Vereinbarung mit dem Absender. Vgl. oben Anm. IIIa 1. Ob auch eine Vorschrift der VerkO. erheblich, vgl. oben Anm. Id. Über Beförderung von Leichen bestimmt VerkO. § 43 Abs. 1 Satz 2 (neue Fassung RGBl. 02 236):

„Das Aufladen ist durch den Absender, das Abladen durch den Empfänger zu bewirken."

Über Beförderung lebender Tiere bestimmt VerkO. § 44 Abs. 5:

„Der Absender muß das Einladen der Tiere in die Wagen sowie deren sichere Befestigung selbst besorgen und die erforderlichen Befestigungsmittel beschaffen. Das Ausladen liegt dem Empfänger ob."

VerkO. § 56 enthält Vorschriften über Auflieferung und Beförderung des Guts, insbesondere auch in den Fällen, in denen dem Absender die Verladung obliegt. Über Selbstabholung von Gütern — was nicht mit Selbstabladung zusammenzufallen braucht — vgl. VerkO. § 68 Abs. 5. Die VerkO. § 54 Abs. 4 bestimmt: „Jedoch machen bezüglich derjenigen Güter, deren Aufladen nach den Vorschriften dieser Ordnung oder des Tarifs oder nach besonderer Vereinbarung mit dem Absender besorgt wird, die Angaben

des Frachtbriefs über das Gewicht und die Anzahl der Stücke gegen die Eisenbahn keinen Beweis, sofern nicht die Nachwägung oder Nachzählung seitens der Eisenbahn erfolgt und dies auf dem Frachtbriefe beurkundet ist." — Der vom Absender auf den Frachtbrief gesetzte Vermerk: „Selbst verladen", verbunden mit tatsächlich eigener Verladung und daraufhin erfolgender Beförderungsübernahme genügt auch ohne vorherige Vereinbarung über Selbstverladung (RG. 12 XII 03 EisenbEntsch. 22 336). Wann Beförderungsübernahme nach Selbstverladung geschieht, vgl. § 453 Anm. V e 1.

2. Besorgen des Aufladens und Abladens durch Absender oder Empfänger. Erheblich ist nur, daß nicht unter Verantwortung der Bahn die Aufladung oder Abladung erfolgt (Staub Anm. 7), unerheblich dagegen, ob Absender oder Empfänger selbst auf- oder abladen, oder durch ihre Leute oder durch Dritte, insbesondere auch durch zu diesem Behuf mit oder ohne Entgelt zur Verfügung gestellte Bahnangestellte, auf- oder abladen lassen (Eger VerkO. § 77 Anm. 424). Daher liegt der Fall des § 459 Nr. 3 immer dann vor, wenn die Bahn das Frachtgut erst im Zustand des Verladenseins zur weiteren Beförderung zu übernehmen hat (ROH. 13 131). Besorgt die Bahn nur das Aufladen nicht, so haftet sie nicht für den aus dem Aufladen und der mangelhaften Verladung entstandenen Schaden, besorgt sie nur das Abladen nicht, so haftet sie nicht für den aus dem Abladen entstandenen Schaden. Hat die Bahn die Decken zu liefern, so haftet sie für den durch deren Schadhaftigkeit entstandenen Schaden auch, wenn das Aufladen durch den Absender zu geschehen hat; nur für die fehlerhafte Auflegung oder sonstige Behandlung der an sich guten Decken durch den Absender haftet sie nicht (RG. 18 IV 91 JW. 298 [8]).

3. Umfang der Haftungsbefreiung. Vgl. oben Anm. III a 3. Die Haftungsbefreiung erstreckt sich z. B. nicht auf Beschädigung infolge mangelhafter Beschaffenheit von Rampen und Ladebrücken (RG. 9 III 04 JW. 265 [15]).

d. **Güter, die besonderer Verlust- oder Beschädigungsgefahr ausgesetzt sind (Nr. 4).** Über das Verhältnis dieser Bestimmung zu der in § 456 zugelassenen entsprechenden Einrede vgl. § 456 Anm. IV d, über das Verhältnis zu § 460 vgl. § 460 Anm. II. Der § 459 Nr. 4 setzt voraus nur eine besonders große Gefahr, daß überhaupt ein Schaden der gedachten Art eintritt, nicht (was Düringer-Hachenburg Anm. II zu Ziff. 4 annehmen) auch die Gefahr, daß ein etwa eintretender Schaden ein besonders starker sei. Ein Beispiel inneren Verderbs ist auch Selbstentzündung (RG. 15 149). Dagegen fällt durch bloße Feuergefährlichkeit die Ware nicht unter Nr. 4 (RG. 12 XII 03 EisenbEntsch. 22 336). Ein Beispiel eines dem Bruch besonders ausgesetzten Guts sind Glaswaren; auch Glasplatten in Holzrahmen über Bildern (LG. I München 4 II 03 EisenbEntsch. 20 137). Über den Begriff der „außergewöhnlichen Leckage" vgl. § 456 Anm. IV e.

e. **Lebende Tiere (Nr. 5).** Die Haftbeschränkung erstreckt sich nur auf die „besondere", d. h. besondere Art der Gefahr, die durch das Lebendigsein des beförderten Guts entsteht. Hierzu gehört z. B. das Entkommen, Verhungern, Ersticken, Fallen.

f. **Begleitgüter (Nr. 6).** Vorschriften über das Erfordernis einer Begleitung von Gütern sind enthalten z. B. in VerkO. §§ 42 Abs. 3 (Leichen; neue Fassung RGBl. 02 236), 44 (lebende Tiere; neue Fassung RGBl. 04 253), 50 B Nr. 4 (auf eigenen Rädern laufende Eisenbahnfahrzeuge), Zusatzbestimmungen zur VerkO. § 50 B 2 (Edelmetalle, Geld und geldwerte Münzen aus edlen Metallen, geldwerte Papiere, Dokumente, Edelsteine, echte Perlen). Voraussetzung der Haftungsbeschränkung ist nur, daß gemäß VerkO., Tarif oder in den Frachtbrief aufgenommener Vereinbarung mit dem Absender ein Begleiter beigegeben werden soll, nicht auch, daß die Begleitung tatsächlich stattfindet. Über die Wirkung einer nicht in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung vgl. oben Anm. III a 1. Bei den einzelnen Gegenständen, für welche Begleitung vorgeschrieben ist, ist der Zweck dieser Vorschrift ein verschiedener, die Haftbeschränkung des § 459 Nr. 6 erstreckt sich daher bei verschiedenen Arten von Gegenständen auf verschiedene Gefahren. Durch Beigabe eines Begleiters für lebende Tiere ist nicht Abwendung derjenigen Gefahr bezweckt, die dadurch entsteht, daß ein ordnungsmäßig angebundenes Tier sich losreißt oder daß während der Fahrt der Verschluß der Wagentür

sich löst (OLG. Kassel 16 VI 04 OLGRspr. 9 278 EisenbEntsch. 21 255). Dagegen ist bezweckt die Abwendung auch derjenigen Gefahr, die durch mangelhafte Anbringung der dem Absender obliegenden Beleuchtung des Wagens und einen hierdurch herbeigeführten Brand entsteht (RG. 7 II 04 EisenbEntsch. 22 121).

IV. **Vermutung für Entstehen des Schadens aus einer der Haftbeschränkung unterliegenden Gefahr (§ 459 Abs. 2).** Voraussetzung ist, daß der eingetretene Schaden aus der betreffenden Gefahr den Umständen nach entstehen konnte (ROH. 17 304), d. h. nach denjenigen Umständen, unter denen die betreffende Versendung stattgefunden hat (RG. 18 IV 91 JW. 297[3]). Diese Voraussetzung ist also von der Bahn darzutun. Ist sie dargetan, so tritt die Vermutung ein, daß für den eingetretenen Schaden auch tatsächlich die betreffende Gefahr ursächlich ist. Gegen diese Vermutung ist jedoch Gegenbeweis zulässig (CPO. § 292, Eger VerkO. § 77 Anm 428, Staub Anm. 16 und nach früherem Recht ROH. 17 305, RG. 10 108). Zur Führung des Gegenbeweises ist nicht erforderlich, daß der Beweisführer die Ursache des Schadens bestimmt angeben kann; es genügt, wenn er nachweist, daß diejenige Gefahr, für welche die Bahn nach § 459 Abs. 1 nicht haftet, nicht die Ursache sein kann (RG. 10 109). Wird der Gegenbeweis geführt, ist also § 459 Abs. 1 nicht anwendbar, so ist § 456 bezw. § 466 maßgebend, und die Bahn hat die dort zugelassenen Einreden gegen ihre Haftpflicht. Hieraus ergibt sich, daß aus § 459 Abs. 2 nicht etwa nur (was RG. 20 121, RG. 18 IV 91 JW. 297[3] annehmen) folgt, daß der Vertragsgegner der Bahn das Verschulden der letzteren beweisen muß. Vielmehr genügt es, wenn gegenüber der Bahn entweder (Abs. 2) nachgewiesen wird, daß die besondere Gefahr nicht Ursache des Schadens war, oder (Abs. 3), daß die Bahn schuldhaft verfahren ist (ROH. 25 172).

V. **Verschulden der Bahn (§ 459 Abs. 3).** Abweichend von § 456 ist der Gegner der Bahn beweispflichtig. Er hat sowohl das Verschulden wie auch den ursächlichen Zusammenhang zwischen Verschulden und Schaden darzutun (ROH. 15 86, RG. 18 IV 91 JW. 297[3]). Durch § 459 Abs. 1 ist die für Abs. 3 in Betracht kommende Fahrlässigkeit auch sachlich eingeengt; sie besteht nicht ohne weiteres in jedem Unterlassen von Sicherungsmaßregeln gegen die in Abs. 1 aufgeführten Gefahren; sorgfaltwidrig aber, und mithin von der Bahn zu vertreten (RG. 20 121), ist ein Unterlassen entweder derjenigen Maßregeln, die bei jeder Art von Beförderung hätten ergriffen werden müssen (Eger VerkO. § 77 Anm. 429), oder derjenigen Maßregeln, die gerade mit Rücksicht auf die besonderen in Abs. 1 erwähnten Gefahren nach der im Verkehr üblichen Sorgfalt hätten ergriffen werden müssen, außer falls die Herbeiführung dieser besonderen Gefahr auf Willkür des Absenders beruht (z. B. willkürliches Vorschreiben der Beförderung in offenem Wagen oder in mangelhafter Verpackung) und außer soweit der mitzugebende Begleiter die betreffenden Maßregeln zu ergreifen bestimmt ist. Selbst wenn ein Begleiter mitzugeben war, ist die Bahn nicht von jeder Fürsorgepflicht befreit (Staub Anm. 17). Bei zusammenwirkendem Verschulden der Bahn und des Absenders ist BGB. § 254 maßgebend (RG. 11 XI 05 JW. 06 13[9]).

VI. **Frachtanspruch der Bahn.** Wird infolge einer der in § 459 behandelten Gefahren die Ausführung der Beförderung unmöglich, so ist für die Frage, in welchem Umfang die Bahn den Anspruch auf die Fracht behält, BGB. §§ 645, 323, 324 maßgebend (HGB. § 428 Anm. II, § 430 Anm. II d 2).

§ 460.

Gewichtsverlust.

Bei Gütern, die nach ihrer natürlichen Beschaffenheit bei der Beförderung regelmäßig einen Gewichtsverlust erleiden, ist die Haftpflicht der Eisenbahn für Gewichtsverluste bis zu den aus der Eisenbahnverkehrsordnung sich ergebenden Normalsätzen ausgeschlossen.

Der Normalsatz wird, falls mehrere Stücke auf denselben Frachtbrief befördert werden, für jedes Stück besonders berechnet, wenn das Gewicht der einzelnen Stücke im Frachtbriefe verzeichnet ist oder sonst festgestellt werden kann.

Die Beschränkung der Haftpflicht tritt nicht ein, soweit der Verlust den Umständen nach nicht in Folge der natürlichen Beschaffenheit des Gutes entstanden ist oder soweit der angenommene Satz dieser Beschaffenheit oder den sonstigen Umständen des Falles nicht entspricht.

Bei gänzlichem Verluste des Gutes findet ein Abzug für Gewichtsverlust nicht statt.

ADH. Art. 426. **Entw. I** § 433. **Entw. II** § 452.

I. Verhältnis zur VerkO. II. Verhältnis zu HGB. §§ 456, 459 Nr. 4.

I. **Verhältnis zur Verkehrsordnung.** Der § 78 VerkO. lautet:

Abs. 1 gleichlautend mit § 460 Abs. 1; nur heißt es: „bis zu nachstehenden Normalsätzen" statt „bis zu den aus der Eisenbahnverkehrsordnung sich ergebenden Normalsätzen".

Abs. 2: „Der Normalsatz beträgt 2 Prozent bei flüssigen und feuchten sowie bei nachstehenden trockenen Gütern:

geraspelte und gemahlene Farbhölzer, Rinden, Wurzeln, Süßholz, geschnittener Tabak, Fettwaren, Seifen und harte Öle, frische Früchte, frische Tabaksblätter, Schafwolle, Häute, Felle, Leder, getrocknetes und gebackenes Obst, Tierflechsen, Hörner und Klauen, Knochen (ganz und gemahlen), getrocknete Fische, Hopfen, frische Kitte."

Abs. 3: „Bei allen übrigen trockenen Gütern der im Abs. 1 bezeichneten Art beträgt der Normalsatz 1 Prozent."

Abs. 4—6 gleichlautend mit § 460 Abs. 2—4.

Welche Wirkung die Wiederholung von Bestimmungen des HGB. in der VerkO. hat, vgl. § 471 Anm. III.

II. **Verhältnis zu HGB. § 456 und § 459 Nr. 4.** Der § 456 behandelt die Fälle, in denen überhaupt die natürliche Beschaffenheit des Guts Ursache des Verlusts oder der Beschädigung ist, der § 459 Nr. 4 diejenigen, bei denen nach der natürlichen Beschaffenheit des Guts eine „besondere", d. h. besonders starke Gefahr von Verlust oder Beschädigung besteht, der § 460 diejenigen, bei denen das Eintreten von Gewichtsverlust die Regel bildet. Die Unterscheidung liegt mithin in der fortschreitend größeren erfahrungsgemäßen Wahrscheinlichkeit des ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem betreffenden Schaden und der natürlichen Beschaffenheit des betreffenden Guts (vgl. § 459 Anm. III d; abweichend Staub Anm. 1, Düringer-Hachenburg Anm. II a); an sich fällt auch jeder Gewichtsverlust der in § 460 erwähnten Art unter die durch § 456 zugelassene Einrede der natürlichen Beschaffenheit, § 460 ist nur bestimmt, die nach § 456 erforderliche Beweisführung über den Grund des Schadens unnötig zu machen, solange der Schaden sich innerhalb des Normalsatzes hält (Staub Anm. 2). Der § 460 unterscheidet sich von §§ 456, 459 Nr. 4 ferner dadurch, daß er nur eine einzelne Art von Teilverlust behandelt, während jene anderen Vorschriften auch über andere Arten von Schäden bestimmen.

§ 461.

Beschränkung der Ersatzpflicht auf Höchstbetrag.

Die Eisenbahnen können in besonderen Bedingungen (Ausnahmetarifen) einen im Falle des Verlustes oder der Beschädigung zu erstattenden Höchstbetrag festsetzen, sofern diese Ausnahmetarife veröffentlicht werden, eine Preisermäßigung für die ganze Beförderung gegenüber den gewöhnlichen Tarifen der Eisenbahn enthalten und der gleiche Höchstbetrag auf die ganze Beförderungsstrecke Anwendung findet.

Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann die Beschränkung auf den Höchstbetrag nicht geltend gemacht werden.

ADH. (vgl. Art. 427). **Entw. I** § 434. **Entw. II** § 453.

I. Verhältnis zum früheren Recht. II. Verhältnis zur VerkO.

I. **Verhältnis zum früheren Recht.** D. 271 bemerkt: „Die Bestimmung des Art. 427 Nr. 1 ADH., wonach in allen Fällen bedungen werden kann, daß der der Schadensberechnung zu grund zu legende Wert des Guts . . . einen im voraus bestimmten Normalbetrag nicht übersteigen soll, hat schon gegenwärtig keine praktische Bedeutung mehr, da nach dem Vorgange des Berner Vertrags, welcher eine allgemeine Beschränkung des Wertsersatzes auf einen im voraus bestimmten Höchstbetrag nicht gestattet, auch die Eisenbahnverkehrsordnung von der Beibehaltung solcher Normalsätze für den inländischen Verkehr abgesehen hat. Für die in den §§ 453 und 454 des Entwurfs [jetzt §§ 461, 462] bezeichneten Fälle soll jedoch auch weiterhin noch der Wertsersatz auf bestimmte Höchstbeträge beschränkt werden können. Die Bestimmung des § 453 über die Festsetzung derartiger Höchstbeträge in sogenannten Ausnahmetarifen, welche besondere Preisermäßigungen gewähren, entspricht dem Art. 35 des Berner Vertrags. Zwar haben die deutschen Bahnen von der durch die letztere Bestimmung gewährten Befugnis bisher keinen Gebrauch gemacht, und es mag zweifelhaft sein, ob eine entsprechende Vorschrift für den inländischen Verkehr praktische Bedeutung gewinnen wird; immerhin besteht kein ausreichender Grund, den Eisenbahnen für diesen Verkehr ein Recht, das ihnen nach dem Berner Vertrag eingeräumt ist, grundsätzlich zu versagen."

II. **Verhältnis zur Verkehrsordnung.**

a. **Der § 81 Abs. 1 VerkO. lautet:**

„Die Eisenbahnen können in besonderen Bedingungen (Ausnahmetarifen) einen im Falle des Verlustes, der Minderung oder der Beschädigung zu erstattenden Höchstbetrag festsetzen, sofern diese Ausnahmetarife eine Preisermäßigung für die ganze Beförderung gegenüber den gewöhnlichen Tarifen der Eisenbahn enthalten und der gleiche Höchstbetrag auf die ganze Beförderungsstrecke Anwendung findet."

Die besondere Erwähnung der „Minderung" in VerkO. § 81 Abs. 1 enthält nur eine bedeutungslose Abweichung der Fassung (vgl. § 459 Anm. Ia). Die in VerkO. § 81 Abs. 1 geschehene Auslassung des Erfordernisses der Veröffentlichung der Ausnahmetarife beruht darauf, daß VerkO. § 7 (abgedr. § 453 Anm. VI) allgemein die Veröffentlichung der Tarife vorschreibt, enthält daher keine sachliche Abweichung vom HGB. (ebenso Eger VerkO. § 81 Anm. 443, Staub § 461 Anm. 2); eine etwaige Abweichung würde nichtig sein (§ 471). — Ist durch Ausnahmetarif ein Höchstbetrag gültig festgesetzt, so gehört zur Begründung der Klage auf Schadensersatz die Darlegung, welchen Wert das verlorene Frachtgut hatte, und ferner die Darlegung, daß dieser Wert den Höchstbetrag nicht übersteige (ROH. 20 407).

b. **Der § 81 Abs. 3 und § 83 Satz 2, 3 VerkO. lauten:**

§ 81 Abs. 3. „Wegen der Fälle, in denen voller Ersatz zu leisten ist, vergleiche § 88." (Der § 88 ist abgedruckt § 457 Anm. I.)

§ 83 Satz 2, 3. „Ist für den zu ersetzenden Wert des Gutes auf Grund der Bestimmungen des § 81 im Tarif ein Höchstbetrag festgesetzt, so wird der für die Beschädigung zu leistende Ersatz verhältnismäßig gekürzt. Vergleiche jedoch § 88."

Der § 81 Abs. 3 und § 83 Satz 3 sind sachlich übereinstimmend mit HGB. § 461 Abs. 2. Die Gültigkeit des § 83 Satz 2 hängt ab davon, ob zulässig erscheint, daß eine im HGB. den „Eisenbahnen" zugewiesene Bestimmung durch die VerkO. getroffen wird (hierüber § 453 Anm. IIId). Denn ein Höchstbetrag kann entweder in dem Sinn festgesetzt werden, daß, bis zu diesem Höchstbetrag nicht nur die Minderung, sondern auch die Beschädigung voll zu ersetzen ist (vgl. § 463 Anm. IV), oder aber in dem in VerkO. § 83 bestimmten Sinn, daß zwar die Minderung voll, die Beschädigung aber nur verhältnismäßig ersetzt wird. Beide Arten der Regelung würden innerhalb der durch § 461 Abs. 1 den Eisenbahnen übertragenen Befugnis liegen; indem die VerkO. die eine Möglichkeit ausschließt, nimmt sie einen Teil der Regelung vorweg. Indessen würde bei einem Schweigen der Tarife, auch wenn man die Bestimmung der VerkO. fortdenkt, im Zweifel anzunehmen sein, daß die Tarife die Bestimmung eines Höchstbetrags in demselben Sinn beabsichtigten, den die VerkO. § 83 Satz 2 zu grund legt (vgl. § 465 Anm. IV).

c. **Wirkung der Wiederholung einer Bestimmung des HGB. in der VerkO.** Vgl. § 471 Anm. III.

§ 462.

Beschränkung der Ersatzpflicht auf Höchstbetrag bei Wertgegenständen.

Inwieweit für den Fall des Verlustes oder der Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Werthpapieren die zu leistende Entschädigung auf einen Höchstbetrag beschränkt werden kann, bestimmt die Eisenbahnverkehrsordnung. Die Vorschrift des § 461 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

ADH. (vgl. Art. 427). **Entw. I** § 435. **Entw. II** § 454.

I. **Verhältnis zum früheren Recht.** Vgl. § 461 Anm. I.

II. **Verhältnis zur Verkehrsordnung.**

a. **Der § 81 Abs. 2 VerkO. lautet:**

„Den Eisenbahnen ist ferner gestattet, die im Falle des gänzlichen oder teilweisen Verlustes oder der Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Wertpapieren zu leistende Entschädigung in den Tarifen auf einen Höchstbetrag zu beschränken."

In Betracht kommen ferner VerkO. §§ 81 Abs. 3, 83 Satz 2, 3 (abgedr. § 461 Anm. II b).

Daß die VerkO. „gänzlichen oder teilweisen" Verlust erwähnt, ist nur eine Fassungsverschiedenheit ohne sachliche Bedeutung (§ 459 Anm. I a). Ob, trotzdem § 462 auf die Verkehrsordnung verweist, letztere gültig den einzelnen Eisenbahnen die Anordnung überlassen durfte, vgl. § 453 Anm. III d. Die Bestimmung der VerkO. § 83 Satz 2 ist, soweit sie sich auf den Fall des § 462 erstreckt (im übrigen vgl. § 461 Anm. II b), jedenfalls gültig, da sie eine Regelung enthält, wie § 462 sie der Verkehrsordnung überweist. VerkO. §§ 81 Abs. 3, 83 Satz 3, (88) stimmen sachlich mit § 462 Satz 2 überein. Ob die Wiederholung einer Bestimmung des HGB. in der VerkO. eine besondere Wirkung hat, vgl. § 471 Anm. III.

b. **Wertsachen als Reisegepäck.** Hierüber bestimmt VerkO. § 30 Abs. 5:

„Ob und unter welchen Bedingungen die im § 50 B 2 bezeichneten Gegenstände zur Beförderung als Reisegepäck angenommen werden, bestimmen die Tarife. Wegen Beschränkung der Höhe des Schadensersatzes finden § 81 Abs. 2 und 3 und § 84 Abs. 4 entsprechende Anwendung."

Der § 84 Abs. 4 betrifft Angabe des Lieferungsinteresses und ist abgedruckt in § 463 Anm. II.

III. **Voraussetzung des § 462 ist, daß die Bahn überhaupt haftet.** Wann dies der Fall, vgl. § 456 Anm. V.

§ 463.

Angabe des Lieferungsinteresses.

Ist das Interesse an der Lieferung nach Maßgabe der Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung in dem Frachtbriefe, dem Gepäckschein oder dem Beförderungsschein angegeben, so kann im Falle des Verlustes oder der Beschädigung des Gutes außer der im § 457 Abs. 1, 2 bezeichneten Entschädigung der Ersatz des weiter entstandenen Schadens bis zu dem angegebenen Betrage beansprucht werden.

Ist die Ersatzpflicht nach den Vorschriften des § 461 oder des § 462 auf einen Höchstbetrag beschränkt, so findet eine Angabe des Interesses an der Lieferung über diesen Betrag hinaus nicht statt.

ADH. (vgl. Art. 427). **Entw. I** § 436. **Entw. II.** § 455.

I. **Verhältnis zum früheren Recht.** Der Art. 427 ADH. unterschied zwischen Angabe des Werts des Guts und Angabe des Interesses an der rechtzeitigen Lieferung; die erstere Angabe kam für den Ersatz des Verlust- und Beschädigungsschadens, die letztere Angabe für den Ersatz des Verspätungsschadens in Betracht. Die §§ 463, 466 Abs. 2, im Anschluß an Berner Vertrag Art. 38, 40 Abs. 3, 4, VerkO. von 1892 §§ 84, 85 (S. 272) beseitigen diese Unterscheidung; das angegebene „Interesse an der Lieferung" bildet die Höchstgrenze für den Ersatz sowohl des Verlust- und Beschädigungsschadens wie auch des Verspätungsschadens.

II. **Verhältnis zur Verkehrsordnung.** Die §§ 84, 85, 34 Abs. 2, 48 Abs. 2 VerkO. lauten:

§ 84. „(1) Der Absender kann das Interesse an der Lieferung mit den in den §§ 85 und 87 vorgesehenen Rechtswirkungen im Frachtbrief angeben. In diesem Falle ist ein im Tarife festzusetzender Frachtzuschlag zu entrichten.

(2) Die Summe, zu welcher das Interesse an der Lieferung angegeben wird, muß im Frachtbrief an der dafür vorgesehenen Stelle mit Buchstaben eingetragen werden.

(3) Der Frachtzuschlag ist für unteilbare Einheiten von je 10 Mark und 10 Kilometer zu berechnen und darf 2,5 Pfennig für 1 Kilometer und für je 1000 Mark des als Interesse angegebenen Betrags nicht übersteigen. Der geringste zur Erhebung kommende Frachtzuschlag beträgt für den ganzen Durchlauf 40 Pfennig. Überschießende Beträge werden auf 10 Pfennig abgerundet.

(4) Ist die Ersatzpflicht nach den Vorschriften des § 81 auf einen Höchstbetrag beschränkt, so findet eine Angabe des Interesses an der Lieferung über diesen Betrag hinaus nicht statt."

§ 85. „Hat eine Angabe des Interesses an der Lieferung stattgefunden (§ 84), so kann im Falle des Verlustes, der Minderung oder der Beschädigung des Gutes außer der in den §§ 80 und 83 bezeichneten Entschädigung der Ersatz des weiter entstandenen Schadens bis zu dem angegebenen Betrage beansprucht werden."

§ 34 Abs. 2 (Reisegepäck). „Die etwaige Angabe des Interesses an der Lieferung ist spätestens eine halbe Stunde vor Abgang des Zuges, mit welchem die Beförderung geschehen soll, bei der Gepäck-Abfertigungsstelle unter Zahlung des tarifmäßigen Frachtzuschlags (§ 84 Abs. 3) zu bewirken; sie hat nur dann rechtliche Wirkung, wenn sie von der Abfertigungsstelle im Gepäckscheine vermerkt ist." Der § 84 Abs. 4 ist in § 30 Abs. 5 (abgedr. § 462 Anm. II) als anwendbar angezogen.

§ 48 Abs. 2 (Lebende Tiere). „Die Angabe des Interesses an der Lieferung hat bei den auf Beförderungsschein abgefertigten Tieren nur dann eine rechtliche Wirkung, wenn sie von der Abfertigungsstelle der Abgangsstation im Beförderungsscheine vermerkt ist."

Der in § 84 Abs. 1 angeführte § 87 betrifft den Fall des Verspätungsschadens; hierüber vgl. § 466 Anm. IIa. — Der § 85 ist sachlich übereinstimmend mit § 463 Abs. 1. Indem § 463 Abs. 1 nur auf Abs. 1 und 2 des § 457, nicht auch auf Abs. 3, Bezug nimmt, behält er vor, daß ohne Rücksicht auf die Interessenangabe der Ersatz des vollen Schadens verlangt werden kann, wenn der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt ist. Der § 85 VerkO. ist nicht eben so vorsichtig gefaßt; dennoch liegt auch hierin keine sachliche Verschiedenheit, da VerkO. § 88 (abgedr. § 457 Anm. I) dieselbe Bestimmung ausdrücklich enthält und hierdurch die Tragweite des § 85 entsprechend beschränkt. — Der § 84 Abs. 4 ist sachlich übereinstimmend mit § 463 Abs. 2. — Der § 84 Abs. 1—3 enthält diejenigen Vorschriften der VerkO., auf die § 463 Abs. 1 verweist; die Worte des § 463 Abs. 1 sind ausdehnend auszulegen dahin, daß die VerkO. nicht nur die Form für die Angabe des Interesses, sondern auch sonstige Maßgaben für die Beförderung mit Interessenangabe, z. B. Frachtzuschläge, bestimmen darf. Auch VerkO. § 84 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 sind daher für gültig zu erachten. Die Bahn darf allerdings das Recht des Absenders auf Beförderung mit Interessenangabe nicht ganz entziehen, denn § 463 Abs. 1 setzt dies Recht voraus (Staub Anm. 1, Eger VerkO. § 84 Anm. 455); diesem Erfordernis aber entsprechen die Bestimmungen der VerkO., wo in § 84 Abs. 1 Satz 1 dies Recht ausdrücklich anerkannt ist. Ob die in VerkO. § 84 enthaltene Verweisung auf Tarife gültig ist, trotzdem § 463 nur auf die VerkO. verweist, vgl. § 453 Anm. IIId. Ist kein Frachtzuschlag wirksam festgesetzt, so muß die Bahn ohne solchen

mit der Haftung gemäß § 463 befördern (Staub Anm. 1, Eger VerkO. § 84 Anm. 455). — Ob die Wiederholung einer Bestimmung des HGB. in der VerkO. eine besondere Wirkung hat, vgl. § 471 Anm. III.

III. **Form der Interesseangabe.** Verletzung der in VerkO. § 84 Abs. 2 bestimmten Form hat — ebenso wie Verletzung der in §§ 34 Abs. 2, 48 Abs. 2 bestimmten — Ungültigkeit der Angabe zur Folge („muß“, Eger VerkO. § 84 Anm. 457, Staub Anm. 1, Düringer-Hachenburg Anm. II 2, Goldmann Nr. 3). Sowohl zu gunsten der Bahn wie zu gunsten ihres Gegners.

IV. **Wirkung der Interesseangabe.** Der angegebene Betrag bildet — außer bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit der Bahn (oben Anm. II) — die Höchstgrenze des zu leistenden Ersatzes. Die Höhe des Schadens ist aber vom Gegner der Bahn darzutun (§ 429 Anm. III c); über eine Ausnahme im Fall von Verspätungsschaden vgl. § 466 Abs. 3. Bleibt der dargetane Betrag unter dem angegebenen Interesse, so ist nur ersterer zu ersetzen. Zulässig ist aber die Berechnung von Schaden nicht nur in den Grenzen des § 457, sondern in denen des BGB. §§ 249 ff. Ein Schaden durch Minderung oder Beschädigung ist nicht verhältnismäßig (wie in VerkO. für die Fälle §§ 461, 462 vorgeschrieben; § 461 Anm. II b, § 462 Anm. II), sondern innerhalb des angegebenen Interesses voll zu ersetzen (CosackHR. § 90 II 2f Staub Anm. 4, Düringer-Hachenburg Anm. II).

V. **Ist Ersatzpflicht gemäß §§. 461, 462 auf Höchstbetrag beschränkt,** so findet nach § 463 Abs. 2 „Angabe“ des Lieferungsinteresses über diesen Betrag hinaus nicht statt. Hierunter kann an sich verstanden werden, daß die Angabe eines höheren Lieferungsinteresses, soweit jene Höchstbeträge übersteigend, unwirksam ist, oder aber, daß selbst nach erfolgter Angabe des höheren Lieferungsinteresses ein Ersatz über jene Höchstbeträge hinaus nicht stattfindet. Beides würde, insoweit VerkO. § 83 Satz 2 zur Anwendung käme (§ 461 Anm. II b, § 462 Anm. II), bei Beschädigung zu verschiedenen Ergebnissen führen. Für erstere Auslegung spricht die Fassung; unter „Höchstbetrag“ in § 463 Abs. 2 ist dann der nach §§ 461, 462 für den Fall des Verlusts bestimmte Höchstbetrag selbst dann zu verstehen, wenn im Einzelfall nach § 463 für Beschädigung Ersatz zu leisten ist. Andererseits würde aus jener Auslegung folgen, daß, wenn die Bahn im Einzelfall eine jene Höchstbeträge übersteigende Interesseangabe zugelassen hat, sie ohne Rücksicht auf jene Höchstbeträge bis zur Höhe des angegebenen Interesses haftet.

§ 464.

Verborgene Beschädigung oder Minderung.

Wegen einer Beschädigung oder Minderung, die bei der Annahme des Gutes durch den Empfänger äußerlich nicht erkennbar ist, können Ansprüche gegen die Eisenbahn nach § 438 Abs. 3 nur geltend gemacht werden, wenn binnen einer Woche nach der Annahme zur Feststellung des Mangels entweder bei Gericht die Besichtigung des Gutes durch Sachverständige oder schriftlich bei der Eisenbahn eine von dieser nach den Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung vorzunehmende Untersuchung beantragt wird.

Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann sie sich auf diese Vorschrift nicht berufen.

ADH. Art. 428. **Entw. I** § 437. **Entw. II** § 456.

I. Verhältnis zur VerkO. II. Gemäß VerkO. vorzunehmende Untersuchung.

I. **Verhältnis der §§ 438, 464 zur Verkehrsordnung.**

a. **Der § 90 VerkO.** lautet:

„(1) Ist die Fracht nebst den sonst auf dem Gute haftenden Forderungen bezahlt und das Gut angenommen, so sind alle Ansprüche gegen die Eisenbahn aus dem Frachtvertrag erloschen.

(2) Hiervon sind jedoch ausgenommen:
1. Entschädigungsansprüche für Schäden, die durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt worden sind;
2. Entschädigungsansprüche wegen Verspätung, wenn sie spätestens am vierzehnten Tage, den Tag der Annahme nicht mitgerechnet, bei einer der nach § 74 in Anspruch zu nehmenden Eisenbahnen schriftlich angebracht werden;
3. Entschädigungsansprüche wegen solcher Mängel, die gemäß § 71 oder 72 festgestellt worden sind, bevor der Empfänger das Gut angenommen hat, oder deren Feststellung nach § 71 hätte erfolgen sollen und durch Verschulden der Eisenbahn unterblieben ist;
4. Entschädigungsansprüche wegen solcher Mängel, die bei der Annahme äußerlich nicht erkennbar waren, jedoch nur unter nachstehenden Voraussetzungen:
   a) es muß unverzüglich nach der Entdeckung des Mangels und spätestens binnen einer Woche nach der Annahme zu dessen Feststellung entweder bei Gericht die Besichtigung des Gutes durch Sachverständige oder schriftlich bei der Eisenbahn eine gemäß § 71 vorzunehmende Untersuchung des Gutes beantragt werden;
   b) der Berechtigte muß beweisen, daß der Mangel während der Zeit zwischen der Annahme zur Beförderung und der Ablieferung entstanden ist.

(3) Es steht dem Empfänger frei, die Annahme des Gutes, auch nach Annahme des Frachtbriefs und Bezahlung der Fracht, insolange zu verweigern, als nicht seinem Antrag auf Feststellung der von ihm behaupteten Mängel stattgegeben ist. Vorbehalte bei der Annahme des Gutes sind wirkungslos, sofern sie nicht unter Zustimmung der Eisenbahn erfolgt sind.

(4) Wenn von mehreren auf dem Frachtbriefe verzeichneten Gegenständen einzelne bei der Ablieferung fehlen, so kann der Empfänger in der Empfangsbescheinigung die nicht abgelieferten Gegenstände unter spezieller Bezeichnung derselben ausschließen."

Nach § 471 wäre eine Bestimmung der VerkO., welche die nach § 438 begründeten Verpflichtungen der Eisenbahnen ausschlösse oder beschränkte, nichtig; der § 464 enthält eine Ausnahme von dieser Regel. Bestimmungen der VerkO., durch welche die nach § 438 begründeten Verpflichtungen der Eisenbahnen erschwert würden, sind — da § 438 im sechsten Abschnitt steht (vgl. § 471 Anm. IIc) — gültig (§ 454).

b. **VerkO. § 90 Abs. 1** stimmt mit § 438 Abs. 1 überein.

c. **VerkO. § 90 Abs.** 2 Nr. 1 stimmt sachlich überein mit den Bestimmungen der §§ 438 Abs. 5, 464 Abs. 2. — VerkO. § 90 Abs. 2 Nr. 2 enthält eine die Bestimmung des § 438 Abs. 1 nur zum Nachteil der Bahn ändernde, also gültige Bestimmung. — Ebenso enthält VerkO. § 90 Abs. 2 Nr. 3 — von etwaiger teilweiser Ungültigkeit der Vorschriften des § 72 VerkO. hier abgesehen (darüber unten Anm. II) — eine die Bestimmung des § 438 Abs. 2 nur zum Nachteil der Bahn ändernde, also nach Vorstehendem gültige Bestimmung. — Der § 90 Abs. 2 Nr. 4 ist sachlich in Übereinstimmung mit § 438 Abs. 3 bei Berücksichtigung der Änderung des letzteren durch § 464. Nach § 464 ist allerdings eine „Untersuchung", nicht eine „Untersuchung des Guts" zu beantragen; aber auch nach VerkO. § 71 beschränkt sich die Untersuchung nicht auf die des Guts; die betreffenden Worte in § 90 Abs. 2 Nr. 4a enthalten daher nur eine sachlich bedeutungslose Ungenauigkeit der Fassung. Der § 464 ist wohl dahin zu verstehen, daß daneben das Erfordernis des § 438 Abs. 3, daß unverzüglich nach Entdeckung Schritte zu ergreifen seien, bestehen bleiben soll; wenn VerkO. § 90 Abs. 2 Nr. 4a dies ausdrücklich ausspricht, so liegt mithin keine sachliche Abweichung vor (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II 2). Daß der Gegner des Frachtführers den Beweis für Entstehung des Schadens in der maßgebenden Zeit zu führen hat (VerkO. § 90 Abs. 2 Nr. 4b), gilt auch nach § 438 Abs. 3 (§ 438 Anm. IVc 1). „Annahme zur Beförderung" in VerkO. § 90 Abs. 2 Nr. 4b bezeichnet den gleichen Zeitpunkt wie derselbe Ausdruck in VerkO. § 54 Abs. 1; welcher Zeitpunkt dies ist, vgl. § 453 Anm. Ve.

d. **VerkO. § 90 Abs. 3.** Die in VerkO. § 90 Abs. 3 enthaltenen Vorschriften sind sachlich übereinstimmend mit dem aus § 438 zu Folgernden (§ 438 Anm. III e, I d).

e. **VerkO. § 90 Abs. 4.** Die Vorschrift der VerkO. § 90 Abs. 4 enthält eine Beschränkung der aus § 438 zu folgernden Rechte des Ersatzberechtigten (§ 438 Anm. I b 2) insofern, als für alle unter VerkO. § 90 Abs. 4 gehörenden Fälle, selbst wenn darin Vollverlust zu finden wäre (§ 414 Anm. I b 1), ein besonderer Vorbehalt und eine besondere Form dieses Vorbehalts erfordert wird; diese Beschränkung ist daher (§ 471) für diejenigen Fälle, in denen Vollverlust vorliegt, als ungültig zu erachten.

II. Nach den Vorschriften der Verkehrsordnung vorzunehmende Untersuchung.

a. **Hierüber bestimmt VerkO. §§ 71, 72:**

§ 71. „(1) In allen Verlust-, Minderungs- und Beschädigungsfällen haben die Eisenbahnverwaltungen sofort eine eingehende Untersuchung vorzunehmen, das Ergebnis schriftlich festzustellen und dasselbe den Beteiligten auf ihr Verlangen mitzuteilen.

(2) Wird insbesondere eine Minderung oder Beschädigung des Gutes von der Eisenbahn entdeckt oder vermutet oder seitens des Verfügungsberechtigten behauptet, so hat die Eisenbahn den Zustand des Gutes, den Betrag des Schadens und, soweit dies möglich, die Ursache und den Zeitpunkt der Minderung oder Beschädigung ohne Verzug protokollarisch festzustellen. Eine protokollarische Feststellung hat auch im Falle des Verlustes stattzufinden.

(3) Zur Feststellung in Minderungs- und Beschädigungsfällen sind unbeteiligte Zeugen oder, soweit dies die Umstände des Falles erfordern, Sachverständige, auch womöglich der Verfügungsberechtigte beizuziehen."

§ 72. „Jedem Beteiligten steht, unbeschadet des in dem § 71 vorgesehenen Verfahrens, das Recht zu, die Feststellung einer Beschädigung oder Minderung des Gutes durch Sachverständige, welche von dem Gericht oder einer anderen zuständigen Behörde ernannt sind, vornehmen zu lassen. Bei diesem Verfahren ist auch dann, wenn die Sachverständigen nicht durch das Gericht ernannt sind, die Eisenbahn zuzuziehen."

b. **VerkO. § 71.** Der § 71 enthält eine die Eisenbahn im Verhältnis zu den Vorschriften des sechsten Abschnitts des HGB. belastende Sondervorschrift über einen Gegenstand, den auch der siebente Abschnitt des HGB. nicht behandelt; die Vorschrift ist daher gültig (§ 454, § 471 Anm. II b). Wenn § 464 auf eine von „dieser" (der E i s e n b a h n) nach den Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung vorzunehmende Untersuchung verweist, so ist — wie sich aus dem Inhalt der VerkO. §§ 71, 72 ergibt — nur auf § 71, nicht auch auf § 72 VerkO. verwiesen.

c. **VerkO. § 72.** Ein Antrag auf Untersuchung gemäß VerkO. § 72 hat nicht die in § 464 bezeichnete Wirkung einer Erhaltung der Ersatzansprüche, denn weder liegt darin ein Antrag auf Untersuchung durch die B a h n, noch ein bei G e r i c h t gestellter Antrag auf Besichtigung, vielmehr nur ein bei einem (amtlich bestellten) S a c h v e r s t ä n d i g e n gestellter Antrag auf p r i v a t e Feststellung (Eger VerkO. § 72 Anm. 392). — Für die Gültigkeit des § 72 kann mithin nicht auf die Verweisung in § 464 Bezug genommen werden; vielmehr hängt die Entscheidung lediglich davon ab, inwieweit durch VerkO. § 72 etwa das Verbot des § 471 Abs. 1 überschritten ist, die Vorschriften des § 438 zu gunsten der Bahn zu ändern. Gültig ist VerkO. § 72 in vollem Umfang, soweit sie a n d e r e n Beteiligten als dem „Empfangsberechtigten" (§ 438 Abs. 4) Rechte einräumt, denn die Rechte dieser anderen Beteiligten sind in § 438 nicht geregelt. Die in VerkO. § 72 Satz 1 erfolgte Regelung stimmt sachlich überein mit dem aus § 438 zu Folgernden (§ 438 Anm. III e), denn was VerkO. § 72 „von dem Gericht oder einer anderen zuständigen Behörde ernannt" nennt, ist gleichbedeutend mit „amtlich bestellt" in § 438. Die Vorschrift der VerkO. § 72 Satz 2 dagegen fügt eine in § 438 nicht vorgesehene Erschwerung der Rechte des Empfangsberechtigten hinzu, ist daher für ungültig zu erachten.

§ 465.

Verlust oder Beschädigung von Reisegepäck.

Für den Verlust von Reisegepäck, das zur Beförderung aufgegeben ist, haftet die Eisenbahn nur, wenn das Gepäck binnen acht Tagen nach der Ankunft des Zuges, zu welchem es aufgegeben ist, auf der Bestimmungsstation abgefordert wird.

Inwieweit für den Fall des Verlustes oder der Beschädigung von Reisegepäck, das zur Beförderung aufgegeben ist, die zu leistende Entschädigung auf einen Höchstbetrag beschränkt werden kann, bestimmt die Eisenbahnverkehrsordnung. Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann die Beschränkung auf den Höchstbetrag nicht geltend gemacht werden.

Für den Verlust oder die Beschädigung von Reisegepäck, das nicht zur Beförderung aufgegeben ist, sowie von Gegenständen, die in beförderten Fahrzeugen belassen sind, haftet die Eisenbahn nur, wenn ihr ein Verschulden zur Last fällt.

ADH. Art. 425. **Entw. I** § 438. **Entw. II** § 457.

I. Verhältnis zu Frachtgeschäft-Vorschriften.
II. Verhältnis zur VerkO.
III. Verlust aufgegebenen Reisegepäcks.
IV. Festsetzung eines Höchstbetrags.
V. Nichtaufgegebenes oder in beförderten Fahrzeugen belassenes Gepäck.

I. **Verhältnis zu den Vorschriften über das Frachtgeschäft.** In Beförderung des aufgegebenen Reisegepäcks liegt die Ausführung eines Frachtgeschäfts; in dem Mitnehmen nichtaufgegebenen Reisegepäcks liegt dagegen nur die Ausführung einer zu dem Personenbeförderungsvertrag gehörenden Verpflichtung (§ 425 Anm. II f). Die Beförderung der in beförderten Fahrzeugen belassenen Gegenstände ist, wenn die Fahrzeuge aufgegeben sind, eine zum Frachtgeschäft gehörende Verpflichtung. Hiernach enthalten § 465 Abs. 1, 2 und — soweit auf Gegenstände in aufgegebenen Fahrzeugen bezüglich — Abs. 3 für die dort bezeichneten Sonderfälle Abänderungen der Vorschriften über den Frachtvertrag, dagegen § 465 Abs. 3 — soweit auf nichtaufgegebenes Reisegepäck bezüglich — eine vereinzelte Regel über Personenbeförderung.

II. **Verhältnis zur Verkehrsordnung.** Die VerkO. § 34 Abs. 3—6 lautet:

„(3) Für den Verlust von Reisegepäck, das zur Beförderung aufgegeben ist, haftet die Eisenbahn nur, wenn das Gepäck binnen 8 Tagen nach der Ankunft des Zuges, zu welchem es aufgegeben ist (§ 33 Abs. 2), auf der Bestimmungsstation abgefordert wird.

(4) Der Ersatz für den Verlust, die Minderung oder die Beschädigung von Reisegepäck, das zur Beförderung aufgegeben ist, kann mit Rücksicht auf besondere Betriebsverhältnisse mit Genehmigung der Landesaufsichtsbehörden unter Zustimmung des Reichs-Eisenbahnamts im Tarif auf einen Höchstbetrag beschränkt werden. Die Vorschrift des § 88 findet entsprechende Anwendung.

(5) Der Reisende, welchem das Gepäck nicht ausgeliefert wird, kann verlangen, daß ihm auf dem Gepäckscheine Tag und Stunde der geschehenen Abforderung bescheinigt werde.

(6) Für den Verlust, die Minderung und die Beschädigung von Reisegepäck, das nicht zur Beförderung aufgegeben ist (§§ 28 und 32), sowie von Gegenständen, die in beförderten Fahrzeugen belassen sind (§ 30 Abs. 2), haftet die Eisenbahn nur, wenn ihr ein Verschulden zur Last fällt."

Ob die Wiederholung von Bestimmungen des HGB. in der VerkO. eine besondere Wirkung hat, vgl. § 471 Anm. III.

1. VerkO. § 34 Abs. 3 stimmt wörtlich mit § 465 Abs. 1 überein; nur ist die Bezugnahme auf VerkO. § 33 Abs. 2 hinzugefügt, der bestimmt, daß der Inhaber des Gepäckscheins die sofortige Auslieferung des Gepäcks an der Ausgabestelle zu verlangen berechtigt sei, sobald nach Ankunft des Zugs, zu welchem das Gepäck aufgegeben wurde, die zur ordnungsmäßigen Ausladung und Ausgabe sowie zur etwaigen zoll- oder steueramtlichen Abfertigung

erforderliche Zeit abgelaufen sei. Sollte die Bezugnahme auf VerkO. § 33 Abs. 2 den Sinn haben, den für § 465 Abs. 1 maßgebenden Zeitpunkt anders als in § 465 Abs. 1 geschehen, zu bestimmen, nämlich bis zur Erledigung der Förmlichkeiten hinauszuschieben, so wäre dies ungültig, trotzdem die Abänderung eine der Bahn nachteilige wäre (§ 471 Anm. II c). Sollte die Bezugnahme auf VerkO. § 33 Abs. 2 den Sinn haben, daß nur Abforderung durch einen Inhaber des Gepäckscheins genüge, so wäre auch diese Abweichung von § 465 Abs. 1 ungültig, zumal sie (§ 471) eine der Bahn vorteilhafte wäre; doch ist nicht anzunehmen, daß die VerkO. eine dahingehende Beschränkung beabsichtigte, zumal sie in § 33 Abs. 4 auch den Fall berücksichtigt, daß der Gepäckschein nicht beigebracht werden kann.

2. VerkO. § 34 Abs. 4 Satz 1 weist dem Tarif die etwaige Festsetzung eines Höchstbetrags zu. Wäre § 465 Abs. 2 so zu verstehen, daß er die Festsetzung des Höchstbetrags in der Verkehrsordnung vorschreibe, so würde (§ 453 Anm. III d) VerkO. § 34 Abs. 4 Satz 1 für ungültig erachtet werden müssen (so in der Tat Eger VerkO. § 34 Anm. 141). Indessen sagt § 465 Abs. 2 nicht, daß die Verkehrsordnung beschränken könne, sondern nur, daß die Verkehrsordnung bestimmen könne, inwieweit (durch welche Art von Anordnungen, ist nicht gesagt) beschränkt werden könne (vgl. auch D. 273). Hiernach blieb der VerkO. frei, die Art von Anordnungen zu bestimmen, so daß VerkO. § 34 Abs. 4 Satz 1 für gültig zu erachten ist.

3. VerkO. § 34 Abs. 4 Satz 2 verweist auf VerkO. § 88 (abgedr. § 457 Anm. I); letzterer stimmt sachlich mit § 465 Abs. 2 Satz 2 überein.

4. VerkO. § 34 Abs. 5 enthält eine Bestimmung über einen vom HGB. nicht geregelten Gegenstand, ist daher gültig.

5. VerkO. § 34 Abs. 6 stimmt wörtlich mit § 465 Abs. 3 überein; nur ist „Verlust" durch „Verlust und Minderung" ersetzt (worin nur ein Unterschied der Ausdrucksweise liegt (§ 390 Anm. I a, RGSt. 35 225), und sind die Bezugnahmen auf §§ 28, 32, 30 Abs. 2 hinzugefügt. Die letzteren Vorschriften enthalten, wie sich aus Nachstehendem ergibt, nur eine genauere Bestimmung der in § 465 Abs. 3 verwendeten Begriffe, ohne sachlich von § 465 Abs. 3 abzuweichen. Der § 28 betrifft Mitnahme von Handgepäck in die Personenwagen, der § 32 die Auflieferung des Reisegepäcks. Die Abs. 5—7 § 32 VerkO., auf welche die Bezugnahme namentlich zu zielen scheint, lauten:

„(5) Wird in dringenden Fällen Gepäck ausnahmsweise unter Vorbehalt späterer Abfertigung unabgefertigt zur Beförderung zugelassen, so wird es bis zum Zeitpunkte der Abfertigung als zum Transport aufgegeben nicht angesehen.

(6) Dasselbe gilt für die Annahme von Reisegepäck auf Haltestellen ohne Gepäckabfertigung.

(7) Für die Abfertigung von Fahrrädern können durch die Tarife besondere Vorschriften gegeben werden."

Der Abs. 2 des über den Begriff des Reisegepäcks bestimmenden § 30 VerkO. lautet:

„Doch können auch größere kaufmännisch verpackte Kisten, Tonnen sowie Fahrzeuge und andere nicht zum Reisebedarf zu rechnende Gegenstände, sofern sie zur Beförderung mit Personenzügen geeignet sind, ausnahmsweise als Reisegepäck zugelassen werden. Wegen der Fahrzeuge vgl. auch § 6 Abs. 2."

Der in § 30 Abs. 2 VerkO. in bezug genommene § 6 Abs. 2 VerkO. ist abgedruckt § 453 Anm. V a 1.

III. **Verlust aufgegebenen Reisegepäcks (§ 465 Abs. 1).** Nur den Fall des Verlusts betrifft § 465 Abs. 1; Verlust schließt auch Teilverlust ein (§ 390 Anm. I a; vgl. § 465 Abs. 3). Bei Beschädigung haftet die Bahn auch ohne Abforderung innerhalb der Verjährungsfrist der §§ 439, 470 Abs. 2. Wird bei Verlust nicht rechtzeitig abgefordert, so erlischt die Ersatzpflicht der Bahn aus dem Frachtvertrag sogar bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit; doch bleiben etwaige außervertragliche Haftungsgründe unberührt (vgl. § 429 Anm. III d). Ebenso der Herausgabeanspruch, wenn das Gepäckstück sich wiederfindet (Staub Anm. 4), in den Grenzen des § 35 Abs. 2 VerkO. (§ 457 Anm. IV e). Erfolgt rechtzeitige Abforderung,

so haftet die Bahn während der gewöhnlichen Verjährungsfrist (vgl. auch § 470 Abs. 2), die aber nicht erst mit der Absforderung beginnt (Staub Anm. 1), auch durch diese nicht unterbrochen wird. Wessen Absforderung genügt, ist nicht gesagt. Jede Absforderung durch den Empfangsberechtigten wird für genügend zu erachten sein, selbst wenn er den Gepäckschein nicht vorlegen kann (oben Anm. II) und der anderweite Nachweis der Empfangsberechtigung erst nach Ablauf der achttägigen Frist endgültig geführt wird; denn die Vorschrift des § 465 Abs. 1 hat nur den Zweck, der Bahn Gelegenheit zu sofortiger Nachforschung zu geben, Anlaß zu solcher Nachforschung liegt für sie aber auch dann vor, wenn überhaupt durch eine Absforderung der Verlust wahrscheinlich gemacht wird, selbst wenn die Person des Empfangsberechtigten zunächst noch nicht endgültig feststeht.

IV. **Festsetzung eines Höchstbetrags (§ 465 Abs. 2).** Ob für den Fall einer Beschädigung der volle Schaden bis zum Höchstbetrag zu ersetzen ist (vgl. § 463 Anm. IV) oder nur verhältnismäßiger Ersatz stattfindet (vgl. § 461 Anm. IIb, § 462 Anm. II), ist gemäß VerkO. § 34 Abs. 4 in den Tarifen zu bestimmen, da weder HGB. noch VerkO. die Frage ausdrücklich regeln. Bei einem Schweigen der Tarife ist die Festsetzung des Höchstbetrags als in letzterem Sinn geschehen auszulegen. — Über Wertsachen als Reisegepäck vgl. § 462 Anm. II.

V. **Nicht zur Beförderung aufgegebenes oder in beförderten Fahrzeugen belassenes Gepäck (§ 465 Abs. 3).** In ersterer Beziehung enthält § 465 Abs. 3 nichts als die Anwendung der allgemeinen Regeln (oben Anm. I, BGB. § 276) und gewinnt nur durch die Bestimmung des § 471, wonach Abänderung zum Vorteil der Bahn unzulässig ist, weitergehende Bedeutung (Staub Anm. 7). In letzterer Beziehung liegt eine Ausnahme von § 456 vor. Bezüglich der Haftung der Bahn für andere Personen findet § 458 Anwendung. Bei Mitverschulden des Vertragsgegners der Bahn ist BGB. § 254 anwendbar (Staub Anm. 8).

§ 466.

Versäumung der Lieferfrist.

Die Eisenbahn haftet für den Schaden, welcher durch Versäumung der Lieferfrist entsteht, es sei denn, daß die Verspätung von einem Ereignisse herrührt, welches sie weder herbeigeführt hat noch abzuwenden vermochte.

Der Schaden wird nur insoweit ersetzt, als er den in dem Frachtbriefe, dem Gepäckschein oder dem Beförderungsschein als Interesse an der Lieferung nach Maßgabe der Eisenbahnverkehrsordnung angegebenen Betrag und in Ermangelung einer solchen Angabe den Betrag der Fracht nicht übersteigt. Für das Reisegepäck kann an Stelle der Fracht durch die Eisenbahnverkehrsordnung ein anderer Höchstbetrag bestimmt werden.

Inwieweit ohne den Nachweis eines Schadens eine Vergütung zu gewähren ist, bestimmt die Eisenbahnverkehrsordnung.

Der Ersatz des vollen Schadens kann gefordert werden, wenn die Versäumung der Lieferfrist durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt ist.

ADH. (vgl. Art. 397, 427). **Entw. I** § 439. **Entw. II** § 458.

I. Haftungsgrund. II. Höhe des Schadensersatzes.

I. **Haftungsgrund (§ 466 Abs. 1).**

a. **Verhältnis zur Verkehrsordnung.** Der § 63 VerkO. weist den Tarifen die Bestimmung der Lieferfristen zu und stellt einige allgemeine Regeln über die Länge der Lieferfristen auf, der § 47 VerkO. ordnet die Lieferfrist für Beförderung lebender Tiere, der § 86 VerkO. wiederholt wörtlich den § 466 Abs. 1 mit den sachlich bedeutungslosen Abweichungen, daß er hinter Lieferfrist die Klammer „(§ 63)" hinzufügt und „entsteht" durch „entstanden ist" ersetzt. Eine entsprechende Bestimmung für Reisegepäck enthält VerkO. § 36 Abs. 1. Ob die Wiederholung einer Vorschrift des HGB. in der VerkO. besondere Wirkung hat, vgl. § 471 Anm. III.

b. **Wird für mehr als Verschulden gehaftet?** Nach ADH. Art. 397 haftete der Frachtführer „für den Schaden, welcher durch Versäumung der bedungenen oder üblichen Lieferungszeit entstanden ist, sofern er nicht beweist, daß er die Verspätung durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht habe abwenden können". Die Denkschrift 273 bemerkt: „Was die Verpflichtung der Eisenbahnen zum Ersatze des durch eine Versäumung der Lieferfrist entstehenden Schadens betrifft, so lag zwar nach dem ADH. bisher keine Nötigung vor, den Eisenbahnen in der fraglichen Beziehung eine weitergehende Verantwortlichkeit aufzuerlegen als diejenige, welche sich aus der allgemeinen Bestimmung des Art. 397 ergibt; nichtsdestoweniger ist durch den § 86 der Eisenbahnverkehrsordnung der strengere Haftungsgrundsatz, welchen der Art. 39 des Berner Vertrags aufstellt, schon gegenwärtig auf den inländischen Verkehr ausgedehnt. Der § 458 Abs. 1 des Entwurfs [jetzt § 466 Abs. 1] stimmt hiermit überein." Hiernach wollte die Denkschrift einerseits Übereinstimmung mit dem Inhalt des Berner Vertrags herstellen, andererseits eine schärfere Haftung als die nach Art. 397 ADH. begründete anordnen. Der Ansicht, daß die Denkschrift den Art. 39 Berner Vertrag richtig auslegte, wenn sie darin — im Gegensatz zu dem in den Verhandlungen, die zum Berner Vertrag führten, ausdrücklich Betonten — eine über den Fall bloßen Verschuldens hinausgehende Haftung angeordnet erblickte, ist beizustimmen (Eger Intern. Übereink. Art. 39 Anm. 196). Mithin ist auch die in § 466 angeordnete Haftung als über den Fall des Verschuldens hinausreichend zu erachten (ebenso Staub Anm. 2, Eger VerkO. § 86 Anm. 461, Düringer-Hachenburg Anm. II 2; dagegen CosackHR. § 90 III 1a); § 466 enthält daher eine Abweichung von der allgemeinen Regel des § 429 Abs. 1. „Abzuwenden vermochte" ist, da die Haftung aus § 466 als eine weniger strenge als die aus § 456 beabsichtigt war (dagegen Düringer-Hachenburg Anm. II 2, Goldmann Nr. 2), auszulegen als „durch solche Vorkehrungen abzuwenden vermochte, die zu dem durch sie zu erreichenden Erfolg in einem nach Verkehrsanschauung vernünftigen Verhältnis stehen" (vgl. § 456 Anm. IVc).

c. **Haftung für Leute und Gehilfen.** Nimmt man an, daß § 458 sich nur auf Verlust und Beschädigung bezieht (§ 458 Anm. I), so würde nach HGB. die Bahn bei Verspätung nur für *Verschulden* usw. der Leute usw. haften (§ 431). Letztere Vorschrift ist aber, weil im sechsten Abschnitt stehend, abänderbar durch die Verkehrsordnung (§ 454, vgl. § 471 Anm. IIc). Eine solche Abänderung, und zwar zum Nachteil der Bahn, ist in der Tat erfolgt, denn VerkO. § 9, der dem § 458 entspricht, ist unter die *Allgemeinen Bestimmungen* der VerkO. aufgenommen, bezieht sich daher auch auf den Fall der Verspätung. Unzutreffend erscheint daher die Ansicht von Eger Internat. Übereink. Art. 39 Anm. 196, der den Unterschied zwischen der Haftung aus § 456 und derjenigen aus § 466 in der Verschiedenheit der Haftung für Leute und Gehilfen sucht. Nach VerkO. § 9 haftet die Bahn innerhalb der in § 431 Anm. III b erörterten Grenzen für Verspätungsschaden auch dann, falls die Verspätung von einem Ereignis herrührt, das einer ihrer Leute oder Gehifen herbeigeführt hat oder abzuwenden vermochte.

d. **Versäumung der Lieferfrist.** Unter „Lieferfrist" ist hier dasselbe verstanden wie unter „Lieferzeit" in § 429. Vgl. daher § 429 Anm. Ib.

e. **Frist für Geltendmachung des Ersatzanspruchs.** Vgl. VerkO. § 90 Abs. 2 Nr. 2 (abgedr. § 464 Anm. I).

II. **Höhe des Schadensersatzes (§ 466 Abs. 2—4).**

a. **Verhältnis zur Verkehrsordnung.** Der § 87 VerkO. lautet:

„(1) Wenn auf Grund des vorhergehenden Paragraphen für Versäumung der Lieferfrist Ersatz zu leisten ist, so können folgende Vergütungen beansprucht werden:

I. Wenn eine Angabe des Interesses an der Lieferung nicht stattgefunden hat:

1. ohne Nachweis eines Schadens, falls die Verspätung 12 Stunden übersteigt:

bei einer Verspätung bis einschließlich 1 Tag $^1/_{10}$ der Fracht,
" " " " " 2 Tage $^2/_{10}$ " "
" " " " " 3 " $^3/_{10}$ " "
" " " " " 4 " $^4/_{10}$ " "
" " " von längerer Dauer $^5/_{10}$ " "

2. Wird der Nachweis eines Schadens erbracht, so kann der Betrag des Schadens bis zur Höhe der ganzen Fracht beansprucht werden.

II. Wenn eine Angabe des Interesses an der Lieferung stattgefunden hat:

1. ohne Nachweis eines Schadens, falls die Verspätung 12 Stunden übersteigt: bei einer Verspätung bis einschließlich 1 Tag $^{2}/_{10}$ der Fracht,
" " " " " 2 Tage $^{4}/_{10}$ " "
" " " " " 3 " $^{6}/_{10}$ " "
" " " " " 4 " $^{8}/_{10}$ " "
" " " von längerer Dauer die ganze Fracht.

2. Wird der Nachweis eines Schadens erbracht, so kann der Betrag des Schadens beansprucht werden.

In beiden Fällen darf die Vergütung den angegebenen Betrag des Interesses nicht übersteigen.

(2) Beweist die Eisenbahn, daß kein Schaden entstanden ist, so ist keine Vergütung zu leisten.

(3) Wegen der Fälle, in denen voller Ersatz zu leisten ist, vergleiche § 88."

Für aufgegebenes Reisegepäck bestimmt VerkO. § 36 Abs. 2, 3:

„(2) Ist auf Grund der vorstehenden Bestimmung für Versäumung der Lieferzeit Ersatz zu leisten, so ist der nachweislich entstandene Schaden zu vergüten und zwar:

a) bei stattgehabter Angabe des Interesses an der Lieferung: bis zur Höhe des angegebenen Betrags;

b) in Ermangelung einer solchen Angabe für je angefangene 24 Stunden der Versäumung: höchstens 20 Pfennig für jedes Kilogramm des ausgebliebenen Gepäcks, bei Fahrzeugen (§ 30) höchstens 30 Mark für jedes ausgebliebene Fahrzeug.

(3) Der § 88 findet entsprechende Anwendung."

Für Expreßgut finden nach § 41 die Bestimmungen über Reisegepäck Anwendung, soweit nicht durch die Tarife die Anwendung der Bestimmungen über gewöhnliches Frachtgut vorgesehen ist. Ob die Verweisung auf die Tarife gültig, vgl. § 453 Anm. III d.

b. **Angabe des Interesses an der Lieferung.** Vgl. § 463 Anm. I, III, IV. Der § 463 Abs. 2 (über dessen Auslegung vgl. § 463 Anm. V) ist auch für den Fall des Verspätungsschadens maßgebend.

§ 467.

Bezeichnungsmängel; vom Absender unterlassene Sicherheitsmaßregeln.

Werden Gegenstände, die von der Beförderung ausgeschlossen oder zur Beförderung nur bedingungsweise zugelassen sind, unter unrichtiger und ungenauer Bezeichnung aufgegeben oder werden die für diese Gegenstände vorgesehenen Sicherheitsmaßregeln von dem Absender unterlassen, so ist die Haftpflicht der Eisenbahn auf Grund des Frachtvertrags ausgeschlossen.

ADH. — **Entw. I** § 440. **Entw. II** § 459.

I. **Verhältnis zur Verkehrsordnung.** Der § 89 VerkO. ist wörtlich gleichlautend mit § 467. Letzterer ist aus ersterem, der seinerseits nur unwesentlich von der Fassung des Art. 43 Berner Vertrag abweicht, übernommen (D. 273). Ob die Wiederholung einer Vorschrift des HGB. in der VerkO. eine besondere Wirkung hat, vgl. § 471 Anm. III.

II. **Voraussetzungen des Ausschlusses der Haftpflicht.**

a. **Gegenstände, die von der Beförderung ausgeschlossen oder nur bedingungsweise zugelassen sind.** Welche Gegenstände dies sind, bestimmt VerkO. § 50:

„A. Von der Beförderung sind ausgeschlossen:

1. diejenigen Gegenstände, welche dem Postzwang unterworfen sind;
2. diejenigen Gegenstände, welche wegen ihres Umfangs, ihres Gewichts oder ihrer sonstigen Beschaffenheit nach der Anlage und dem Betrieb auch nur einer der Bahnen, welche an der Ausführung des Transports teilzunehmen haben, sich zur Beförderung nicht eignen;
3. diejenigen Gegenstände, deren Beförderung aus Gründen der öffentlichen Ordnung verboten ist;
4. alle der Selbstentzündung oder Explosion unterworfenen Gegenstände, soweit nicht die Bestimmungen in Anlage B Anwendung finden, insbesondere:
   a) Nitroglycerin (Sprengöl) als solches, abtropfbare Gemische von Nitroglycerin mit an sich explosiven Stoffen;
   b) nicht abtropfbare Gemische von Nitroglycerin mit pulverförmigen, an sich nicht explosiven Stoffen (Dynamit und ähnliche Präparate) in loser Masse;
   c) pikrinsaure Salze sowie explosive Gemische, die pikrinsaure oder chlorsaure Salze enthalten;
   d) Knallquecksilber, Knallsilber und Knallgold sowie die damit dargestellten Präparate;
   e) solche Präparate, welche Phosphor in Substanz beigemischt enthalten;
   f) geladene Schußwaffen.

B. Bedingungsweise werden zur Beförderung zugelassen:

1. Die in Anlage B verzeichneten Gegenstände.

   Für deren Annahme und Beförderung sind die daselbst getroffenen näheren Bestimmungen maßgebend.
2. Gold- und Silberbarren, Platina, Geld, geldwerte Münzen und Papiere, Dokumente, Edelsteine, echte Perlen, Pretiosen und andere Kostbarkeiten, ferner Kunstgegenstände, wie Gemälde, Gegenstände aus Erzguß, Antiquitäten.

   Unter welchen Bedingungen diese Gegenstände zur Beförderung angenommen werden, bestimmen die Tarife. Wegen Beschränkung der Höhe des Schadensersatzes siehe § 81 Abs. 2.

   Als geldwerte Papiere sind nicht anzusehen:

   gestempelte Postkarten, Postanweisungs-Formulare, Briefumschläge und Streifbänder, Postfreimarken, Stempelbogen und Stempelmarken sowie ähnliche amtliche Wertzeichen.
3. Diejenigen Gegenstände, deren Verladung oder Beförderung nach der Anlage und dem Betrieb einer der beteiligten Bahnen außergewöhnliche Schwierigkeit verursacht.

   Die Beförderung solcher Gegenstände kann von jedesmal zu vereinbarenden besonderen Bedingungen abhängig gemacht werden.
4. Eisenbahnfahrzeuge, sofern sie auf eigenen Rädern laufen. Sie müssen sich in lauffähigem Zustande befinden. Lokomotiven, Tender und Dampfwagen müssen von einem sachverständigen Beauftragten des Absenders begleitet sein.

C. Die bedingungsweise zur Beförderung zugelassenen Gegenstände dürfen nicht bahnlagernd gestellt werden."

Die hier in Bezug genommene Anlage B zur Verkehrsordnung ist nachträglich geändert und ergänzt durch Bekanntmachungen v. 24 XII 00 (RGBl. 01 1), 30 V 01 (RGBl. 191), 25 XI 01 (RGBl. 491), 30 I 02 (RGBl. 41), 22 III 02 (RGBl. 127), 23 XI 02 (RGBl. 281), 7 XII 02 (RGBl. 294), 2 II 03 (RGBl. 6), 15 III 03 (RGBl. 45), 13 VI 03 (RGBl. 245), 15 VIII 03 (RGBl. 269, Verfügung des Reichs-Eisenbahnamts), 3 II 04 (RGBl. 29), 6 VII 04 (RGBl. 253), 18 X 04 (RGBl. 383), 4 II 05 (RGBl. 7), 7 IV 05 (RGBl. 235), 8 VI 05 (RGBl. 542), 6 VII 05 (RGBl. 597), 24 VII 05 (RGBl. 710), 23 VIII 05 (RGBl. 750), 2 XI 05 (RGBl. 765), 22 XI 05 (RGBl. 771), 8 II 06 (RGBl. 139), 7 III 06

(RGBl. 389), 19 III 06 (RGBl. 431, Bk. d. Reichs-Eisenbahnamts), 25 III 06 (RGBl. 433), 23 VI 06 (RGBl. 845), 9 VIII 06 (RGBl. 859), 10 XI 06 (RGBl. 867).

Für aufgegebenes Reisegepäck bestimmt VerkO. § 30 Abs. 4, Abs. 5 Satz 1:

„Gegenstände, welche von der Beförderung als Frachtgut, sowie solche, welche nach § 29 von der Mitnahme in die Personenwagen ausgeschlossen sind, dürfen, bei Vermeidung der im § 53 Abs. 8 festgesetzten Folgen, auch als Reisegepäck nicht aufgegeben werden.

Ob und unter welchen Bedingungen die im § 50 B 2 bezeichneten Gegenstände zur Beförderung als Reisegepäck angenommen werden, bestimmen die Tarife."

Die in Betracht kommenden Vorschriften des hier angezogenen § 29 VerkO. lauten:

Abs. 1. „Feuergefährliche, sowie andere Gegenstände, die auf irgend eine Weise Schaden verursachen können, insbesondere geladene Gewehre, Schießpulver, leicht entzündliche Stoffe u. dergl., sind von der Mitnahme ausgeschlossen."

Abs. 4. „Jägern und im öffentlichen Dienste stehenden Personen ist die Mitführung von Handmunition gestattet. Auch ist Begleitern von Gefangenentransporten die Mitführung geladener Schußwaffen unter der Voraussetzung gestattet, daß die Beförderung in besonderen Wagen oder Wagenabteilungen erfolgt."

Abs. 5. „Der Lauf eines mitgeführten Gewehrs muß nach oben gerichtet sein."

b. **Aufgeben unter unrichtiger oder ungenauer Bezeichnung oder Unterlassung der vorgesehenen Sicherheitsmaßregeln durch den Absender.**

1. Aufgeben unter unrichtiger oder ungenauer Bezeichnung. Die genaue Bezeichnung ist in VerkO. § 51 Abs. 1 d (abgedr. § 426 Anm. III c) vorgeschrieben. Für Wertgegenstände kommt außerdem § 429 Abs. 2 (§ 456 Abs. 2) in Betracht. Nicht unter § 467 fällt die in VerkO. § 58 Abs. 4 vorgeschriebene Bezeichnung (Signierung) der Stückgüter. Auch wenn die Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit nicht auf Verschulden des Absenders beruht, tritt die in § 467 bestimmte Wirkung ein; ebenso wenn ein Mitverschulden der Bahn vorliegt (einschränkend Düringer-Hachenburg Anm. II); jedoch dann nicht, wenn die Bahn allein die Unrichtigkeit verschuldet hat (Staub Anm. 1, Eger VerkO. § 89 Anm. 472). Doch ist zu beachten die in der Regel als Teil des Vertragsinhalts (§ 453 Anm. III d) in Betracht kommende „Allgemeine Zusatzbestimmung" zu VerkO. § 53:

„Werden auf Verlangen des Absenders Frachtbriefe von Eisenbahnbediensteten ausgefertigt, so gelten letztere als Beauftragte des Absenders."

Auch anderweit erlangte Kenntnis der Bahn steht nicht der Angabe gleich (§ 429 Anm. III b 1, Rudorff zu § 467; dagegen Staub Anm. 1, Eger VerkO. § 89 Anm. 472), denn unter Umständen kann es Wille der Bahn sein, gegen billigere Fracht unter Ausschluß von Haftung zu befördern, soweit darin im Einzelfall nicht etwa eine Begünstigung des einzelnen Absenders (VerkO. § 7) liegen würde; nur kann allerdings die Bahn in solchem Fall nicht Frachtzuschlag (unten Anm. III b) erheben.

2. Unterlassung der vorgesehenen Sicherheitsmaßregeln durch den Absender. Hierzu gehören namentlich diejenigen, die in Anlage B zur VerkO. für die einzelnen dort verzeichneten Warengattungen vorgeschrieben sind.

III. **Wirkung.**

a. **Ausschluß der Haftpflicht auf Grund des Frachtvertrags.** Vgl. § 429 Anm. III d. Der § 467 bezieht sich sowohl auf Verlust und Beschädigung wie auch auf Versäumung der Lieferfrist. Auch auf diejenigen Fälle, in denen die Schadensursache eine andere Gefahr ist, als diejenige, wegen welcher der betreffende Gegenstand von Beförderung ausgeschlossen oder nur bedingt zugelassen ist (Staub Anm. 3, Düringer-Hachenburg Anm. II 2, Goldmann Nr. 2). Selbst bei grober Fahrlässigkeit oder bei Vorsatz ist die Haftung der Bahn ausgeschlossen (ebenso Staub Anm. 2, Düringer-Hachenburg Anm. II, vgl. § 429 Anm. III d, jedoch auch oben Anm. II b 1). In allen Fällen jedoch nur die „auf Grund des Frachtvertrags" bestehende Haftung; sonstige Haftungsgründe bleiben unberührt (§ 429 Anm. III d). Nur die „Haftpflicht" ist ausgeschlossen; im übrigen bleiben Rechte und Pflichten aus dem Frachtvertrag bestehen (Staub Anm. 4, Eger VerkO. § 89 Anm. 471).

b. **Frachtzuschlag.** Hierüber bestimmt VerkO. § 53 Abs. 7 ff. (abgedr. § 426 Anm. IV b).
c. **Haftung des Absenders.** Vgl. § 426 Abs. 3, VerkO. § 53 Abs. 1, 7 (abgedr. § 426 Anm. IV b).

§ 468.

Bestimmungsort nicht an Eisenbahn liegend.

Für den Fall, daß auf dem Frachtbrief als Ort der Ablieferung ein nicht an der Eisenbahn liegender Ort bezeichnet wird, kann bestimmt werden, daß die Eisenbahn als Frachtführer nur für die Beförderung bis zur letzten Eisenbahnstation haften, bezüglich der Weiterbeförderung dagegen die Verpflichtungen des Spediteurs übernehmen soll.

ADH. Art. 430. **Entw. I** § 441. **Entw. II** § 460.

I. Verhältnis zur VerkO.
II. Verhältnis zu § 453.
III. Nicht an Bahn liegender Ablieferungsort.
IV. Haftung für Weiterbeförderung, wenn keine Einrichtung hierfür getroffen.
V. Haftung, falls solche Einrichtung getroffen.

I. **Verhältnis zur Verkehrsordnung.** VerkO. § 76 lautet:

„(1) Ist auf dem Frachtbrief als Ort der Ablieferung ein nicht an der Eisenbahn liegender Ort bezeichnet, so besteht die Haftpflicht der Eisenbahn als Frachtführer nur bis zur letzten Eisenbahnstation. In bezug auf die Weiterbeförderung treten die Verpflichtungen des Speditörs ein.

(2) Für Sendungen nach solchen seitwärts gelegenen Orten jedoch, nach welchen die Eisenbahn Einrichtungen für die Weiterbeförderung getroffen hat (§ 68 Abs. 3), erstreckt sich die Haftpflicht der Eisenbahn als Frachtführer auf den ganzen Transport."

Der in VerkO. § 76 Abs. 2 angezogene § 68 Abs. 3 ist abgedruckt § 458 Anm. III d. — Der § 76 Abs. 1 VerkO. macht für einen Teil der in Betracht kommenden Fälle Gebrauch von der durch § 468 gegebenen Ermächtigung, und § 76 Abs. 2 VerkO. erklärt, bezüglich eines anderen Teils jener Fälle nicht von jener Ermächtigung Gebrauch machen zu wollen. Mithin hält sich § 76 VerkO. innerhalb der durch § 468 gegebenen Ermächtigung und ist somit gültig (im Ergebnis ebenso Staub Anm. 4). — Der § 468 („kann bestimmt werden") läßt an sich sowohl eine Bestimmung durch VerkO. wie auch eine Bestimmung durch Vertrag zu (Staub Anm. 1); nachdem jedoch die VerkO. eine Vorschrift gegeben hat, ist ein im Widerspruch zu dieser Vorschrift stehender Vertrag unwirksam (§ 471 Anm. III).

II. **Verhältnis zu § 453.** Der § 453 bestimmt, daß ein Zwang zur Übernahme der Güterbeförderung nur in Ansehung der Beförderung nach einer für den Güterverkehr eingerichteten Station stattfinde. Die Bahn kann daher die Übernahme einer Beförderung nach einem nicht an der Eisenbahn liegenden oder einem zwar an der Eisenbahn gelegenen, aber nicht mit einer für den Güterverkehr eingerichteten Station versehenen Ort ablehnen. Auch eine Beförderung mit der in VerkO. § 76 vorgesehenen beschränkten Haftpflicht (dagegen Eger VerkO. § 76 Anm. 418). Übernimmt sie aber freiwillig eine solche Beförderung, so greift dann § 468 und VerkO. § 76 Platz.

III. **Bezeichnung eines nicht an der Bahn liegenden Ablieferungsorts im Frachtbrief.** Aus dem Zusammenhang (Anm. II) zwischen § 468 und § 453 (vgl. auch VerkO. § 68 Abs. 4) ergibt sich, daß § 468 und VerkO. § 76 auch auf den Fall ausdehnend anzuwenden sind, daß als Ort der Ablieferung ein zwar an der Bahn liegender, aber nicht mit einer für den Güterverkehr eingerichteten Station versehener Ort bezeichnet ist. Hat der Absender im Frachtbrief angeordnet, das Gut solle an einem an der Bahn gelegenen Ort abgegeben werden oder liegen bleiben, so ist die Beförderung nur bis zu diesem Ort übernommen, auch wenn ein anderweiter „Bestimmungsort" im Frachtbrief angegeben ist (D. 273).

IV. **Haftung der Bahn für Weiterbeförderung nach Orten, bezüglich deren die Bahn nicht Einrichtungen für Weiterbeförderung getroffen hat (VerkO. § 76 Abs. 1).** VerkO.

§ 76 Abs. 1 verordnet in Übereinstimmung mit § 468: „In bezug auf die Weiterbeförderung treten die Verpflichtungen des Speditörs ein.“ Nicht etwa ist gesagt: „Die Bahn nimmt die Stellung eines Speditörs ein.“ Man wird hieraus schließen müssen, daß nicht etwa für die Weiterbeförderung der bisherige Frachtvertrag durch einen Speditionsvertrag abgelöst wird. Vielmehr bleibt auch die Weiterbeförderung den Regeln des Frachtvertrags unterworfen, ebenso wie auch sonst eine als Nebentätigkeit des Frachtführers bedungene Speditionstätigkeit desselben (vgl. § 425 Anm. II e 5). Die Bahn hat daher in Ansehung der Weiterbeförderung nicht auch die Rechte des Speditörs, z. B. nicht das Recht des Speditörs auf Provision (Staub Anm. 2, Eger VerkO. § 76 Anm. 418, Düringer-Hachenburg Anm. II). Andererseits, trotzdem nach der Fassung das Wort „Verpflichtungen“ in VerkO. § 76 Abs. 1 Satz 2 dem Wort „Haftpflicht“ in VerkO. § 76 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 entspricht, nicht nur die „Haftpflicht“ als Speditör, sondern auch die sonstigen Verpflichtungen (Staub Anm. 2), z. B. die Verpflichtung, auf Anweisung des Absenders das Gut zu versichern.

V. **Weiterbeförderung nach Orten, bezüglich deren die Bahn Einrichtungen zur Weiterbeförderung getroffen hat (VerkO. § 76 Abs. 2).** Staub Anm. 3 nimmt an, daß auch für diesen Fall die Eisenbahn die „Verpflichtungen“ des Speditörs mit Ausnahme der den Regeln des Frachtgeschäfts folgenden „Haftpflicht“ habe. Dies ist wohl nicht die Absicht der VerkO., wenngleich die Fassung allerdings undeutlich ist. Dagegen spricht der Gebrauch des Worts „Haftpflicht“ auch in Abs. 1; ferner der Umstand, daß nicht etwa Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 zu einem Absatz vereinigt sind, mithin Abs. 2 nicht als Ausnahme nur von Abs. 1 Satz 2, sondern auch von Abs. 1 Satz 1 erscheint; sodann die Stellung des „jedoch“ in § 76 Abs. 2, die gleichfalls einen Gegensatz zu Abs. 1 Satz 1 andeutet. Hiernach wird anzunehmen sein, daß im Fall der VerkO. § 76 Abs. 2 in allen Beziehungen ausschließlich die Regeln des Frachtvertrags für die Weiterbeförderung maßgebend sind. — Die Haftung nach VerkO. § 76 Abs. 2 besteht auch, wenn die Bahn im Einzelfall nicht von den von ihr getroffenen Einrichtungen zur Weiterbeförderung Gebrauch macht, z. B. wegen Behinderung der bestellten Rollfuhrunternehmer die Weiterbeförderung einer anderen Person überträgt (Düringer-Hachenburg Anm. II 3).

§ 469.

Aufeinanderfolgende Eisenbahnen.

Wird die Beförderung auf Grund desselben Frachtbriefs nach § 432 Abs. 2 durch mehrere auf einander folgende Eisenbahnen bewirkt, so können die Ansprüche aus dem Frachtvertrag, unbeschadet des Rückgriffs der Bahnen unter einander, im Wege der Klage nur gegen die erste Bahn oder gegen diejenige, welche das Gut zuletzt mit dem Frachtbrief übernommen hat, oder gegen diejenige, auf deren Betriebsstrecke sich der Schaden ereignet hat, gerichtet wnrde.

Unter den bezeichneten Bahnen steht dem Kläger die Wahl zu; das Wahlrecht erlischt mit der Erhebung der Klage.

Im Wege der Widerklage oder mittelst Aufrechnung können Ansprüche aus dem Frachtvertrag auch gegen eine andere als die bezeichneten Bahnen geltend gemacht werden, wenn die Klage sich auf denselben Frachtvertrag gründet.

ADH. Art. 429. **Entw. I** § 442. **Entw. II** § 461.

I. **Verhältnis zur Verkehrsordnung.** VerkO. § 74 lautet:

„(1) Diejenige Bahn, welche das Gut mit dem Frachtbriefe zur Beförderung angenommen hat, haftet für die Ausführung der Beförderung auch auf den folgenden Bahnen bis zur Ablieferung des Gutes an den Empfänger.

(2) Jede nachfolgende Bahn tritt dadurch, daß sie das Gut mit dem ursprünglichen Fracht-

brief annimmt, diesem gemäß in den Frachtvertrag ein und übernimmt die selbständige Verpflichtung, die Beförderung nach dem Inhalte des Frachtbriefs auszuführen.

(3) Die Ansprüche aus dem Frachtvertrage können jedoch — unbeschadet des Rückgriffs der Bahnen unter einander — im Wege der Klage nur gegen die erste Bahn oder gegen diejenige, welche das Gut zuletzt mit dem Frachtbrief übernommen hat, oder gegen diejenige, auf deren Betriebsstrecke sich der Schaden ereignet hat, gerichtet werden. Unter den bezeichneten Bahnen steht dem Kläger die Wahl zu. Das Wahlrecht erlischt mit Erhebung der Klage.

(4) Im Wege der Widerklage oder mittelst Aufrechnung können Ansprüche aus dem Frachtvertrag auch gegen eine andere als die bezeichneten Bahnen geltend gemacht werden, wenn die Klage sich auf denselben Frachtvertrag gründet.

(5) Hat auf Grund dieser Vorschriften eine der beteiligten Bahnen Schadensersatz geleistet, so steht ihr der Rückgriff gegen diejenige Bahn zu, welche den Schaden verschuldet hat. Kann diese nicht ermittelt werden, so haben die beteiligten Bahnen den Schaden nach dem Verhältnis ihrer Anteile an der Fracht gemeinsam zu tragen, soweit nicht festgestellt wird, daß der Schaden nicht auf ihrer Beförderungsstrecke entstanden ist. Die Befugnis der Eisenbahnen, über den Rückgriff im voraus oder im einzelnen Falle andere Vereinbarungen zu treffen, wird durch die vorstehenden Bestimmungen nicht berührt."

Der § 432 Abs. 1, 2 ist — außer soweit § 469 ihn einschränkt — nicht zum Vorteil der Bahn abänderbar durch die VerkO. (§ 471); dagegen ist § 432 Abs. 3 abänderbar (§ 454). Der § 74 Abs. 1 VerkO. entspricht im wesentlichen dem § 432 Abs. 1; daß er nur Bahnen als nachfolgende Frachtführer berücksichtigt, ist unerheblich, da eine etwaige beschränkende Bestimmung ungültig wäre (§ 471); auch beim Eisenbahnfrachtvertrag können andere nachfolgende Frachtführer in Betracht kommen (zust. Düringer-Hachenburg Anm. II 1), z. B. bei Beförderung von einem Bahnhof zum anderen an einem Zwischenort oder bei einer infolge Betriebsstörung geschehenden Umladung durch andere (§ 458 Anm. III d 2) als von der Eisenbahn gemäß VerkO. § 68 Abs. 3 bestellte Rollfuhrunternehmer. Der § 74 Abs. 2 VerkO. entspricht dem § 432 Abs. 2. Der § 74 Abs. 3 VerkO. entspricht dem § 469 Abs. 1, 2; daß an ersterem Ort beide Absätze des § 469 zu einem zusammengezogen sind, ist ohne sachliche Bedeutung. Der § 74 Abs. 4 VerkO. ist wörtlich gleichlautend mit § 469 Abs. 3. Der § 74 Abs. 5 Satz 1 VerkO. entspricht dem § 432 Abs. 3; der § 74 Abs. 5 Satz 2 VerkO. enthält einen gültigen (§ 454) Zusatz, der zudem sachlich mit dem aus § 432 Abs. 3 zu Folgernden übereinstimmt. — Ob die Wiederholung einer Bestimmung des HGB. in der VerkO. eine besondere Wirkung hat, vgl. § 471 Anm. III.

II. **Beförderung auf Grund desselben Frachtbriefs durch mehrere aufeinanderfolgende Bahnen.** Vgl. § 432 Anm. III a. Über die Verpflichtung, die Beförderung mit durchgehendem Frachtbrief zu übernehmen, vgl. § 453 Anm. V b.

§ 470.

Verjährung.

Ansprüche der Eisenbahn auf Nachzahlung zu wenig erhobener Fracht oder Gebühren sowie Ansprüche gegen die Eisenbahn auf Rückerstattung zu viel erhobener Fracht oder Gebühren verjähren in einem Jahre, sofern der Anspruch auf eine unrichtige Anwendung der Tarife oder auf Fehler bei der Berechnung gestützt wird. Die Verjährung beginnt mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Zahlung erfolgt ist.

Die Verjährung des Anspruchs auf Rückerstattung zu viel erhobener Fracht oder Gebühren sowie die Verjährung der im § 439 Satz 1 bezeichneten Ansprüche wird durch die schriftliche Anmeldung des Anspruchs bei der Eisenbahn gehemmt. Ergeht auf die Anmeldung ein abschlägiger Bescheid, so beginnt der Lauf der

Verjährungsfrist wieder mit dem Tage, an welchem die Eisenbahn ihre Entscheidung dem Anmeldenden schriftlich bekannt macht und ihm die der Anmeldung etwa angeschlossenen Beweisstücke zurückstellt. Weitere Gesuche, die an die Eisenbahn oder an die vorgesetzten Behörden gerichtet werden, bewirken keine Hemmung der Verjährung.

ADH. — **Entw. I** § 443. **Entw. II** § 462.

I. Verjährende Ansprüche. II. Hemmung der Verjährung einiger Ansprüche.

I. **Anspruch auf Nachzahlung oder Rückerstattung von Fracht oder Gebühren wegen unrichtiger Anwendung des Tarifs oder wegen Berechnungsfehlers (§ 470 Abs. 1).**

a. **Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.** Der gegen den Frachtführer gerichtete Anspruch auf Rückerstattung zuviel erhobener Beträge fällt nicht unter § 439 (§ 414 Anm. I a 1), würde vielmehr an sich der dreißigjährigen Verjährung unterliegen. Der § 470 Abs. 1, soweit er die Ansprüche gegen die Bahn auf Rückerstattung betrifft, enthält daher eine Ausnahme von BGB. § 195. Soweit er die Ansprüche der Bahn betrifft, enthält er eine Ausnahme von BGB. §§ 196 Nr. 3, 201. Der § 470 Abs. 1 ist nicht anwendbar, wenn der Anspruch der Bahn nicht bloß auf unrichtige Anwendung des Tarifs oder Berechnungsfehler, sondern darauf gestützt wird, daß die unrichtige Anwendung des Tarifs durch vorsätzliche Erregung eines Irrtums über die Beschaffenheit des Guts herbeigeführt ist (RG. 3 VI 05 EisenbEntsch. 22 74). Dagegen wird die Anwendbarkeit des § 470 Abs. 1 nicht schon allein durch falsche Bezeichnung des Guts im Frachtbrief ausgeschlossen (RG. 3 VI 05 EisenbEntsch. 22 75, OLG. Frankfurt 15 XI 05 EisenbEntsch. 22 296). — Ob § 470 Abs. 1 auf Frachtzuschlags-Forderungen anwendbar, vgl. § 426 Anm. IV b.

b. **Verhältnis zur Verkehrsordnung.** VerkO. § 61 Abs. 4—7 lautet:

„(4) Wurde der Tarif unrichtig angewendet oder sind Rechnungsfehler bei der Festsetzung der Fracht und der Gebühren vorgekommen, so ist das zu wenig Geforderte nachzuzahlen, das zuviel Erhobene zu erstatten und zu diesem Zwecke dem Berechtigten tunlichst bald Nachricht zu geben. Zur Geltendmachung von Frachterstattungsansprüchen ist der Absender oder Empfänger berechtigt, je nachdem der eine oder der andere die Mehrzahlung an die Eisenbahn geleistet hat. Zur Nachbezahlung zu wenig erhobener Frachtbeträge ist nach Auslieferung des Gutes derjenige verpflichtet, welcher die Fracht bezahlt oder nach Abs. 3 hinterlegt hat. § 90 Abs. 1 findet auf die in diesem Absatz erwähnten Ansprüche keine Anwendnng.

(5) Ansprüche der Eisenbahn auf Nachzahlung zu wenig erhobener Fracht oder Gebühren sowie Ansprüche gegen die Eisenbahn auf Rückerstattung zuviel erhobener Fracht oder Gebühren (Abs. 4) verjähren in einem Jahre. Die Verjährung beginnt mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Zahlung erfolgt ist.

(6) Die Verjährung des Anspruchs auf Rückerstattung zuviel erhobener Fracht oder Gebühren wird durch die schriftliche Anmeldung des Anspruchs bei der Eisenbahn gehemmt. Ergeht auf die Anmeldung ein abschlägiger Bescheid, so beginnt der Lauf der Verjährungsfrist wieder mit dem Ablaufe desjenigen Tages, an welchem die Eisenbahn ihre Entscheidung dem Anmeldenden schriftlich bekannt macht und ihm die der Anmeldung etwa angeschlossenen Beweisstücke zurückstellt. Weitere Gesuche, die an die Eisenbahn oder au die vorgesetzten Behörden gerichtet werden, bewirken keine Hemmung der Verjährung.

(7) Hinsichtlich der Unterbrechung der Verjährung bewendet es bei den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften."

VerkO. § 61 Abs. 4 enthält einige Vorschriften, die im HGB. nicht ausdrücklich enthalten sind, aber mit dem aus dem HGB. zu Folgernden sachlich übereinstimmen (vgl. § 436 Anm. IV b, § 438 Anm. II b, § 414 Anm. I a 1). VerkO. § 61 Abs. 5 stimmt sachlich mit § 470 Abs. 1 überein; die Bezugnahme auf Abs. 4 ersetzt den fehlenden Nebensatz: „sofern . . . wird." VerkO. § 61 Abs. 6 stimmt mit § 470 Abs. 2 überein, soweit dieser sich auf

den Rückerstattungsanspruch bezieht; daß VerkO. § 61 Abs. 6 ausdrücklich hervorhebt, daß die Verjährung mit dem Ablauf des betreffenden Tags beginnt, stimmt mit der ohnedies zur Anwendung kommenden Auslegungsvorschrift des BGB. § 187 überein. Ebenso enthält VerkO. § 61 Abs. 7 eine ohnedies selbstverständliche Vorschrift. — Ob die Wiederholung von Vorschriften des HGB. in der VerkO. eine besondere Wirkung hat, vgl. § 471 Anm. III. — Über die Frage, ob VerkO. § 61 Abs. 4—7 auch auf den Anspruch auf Frachtzuschlag anwendbar ist, vgl. § 426 Anm. IV b.

II. **Hemmung der Verjährung gewisser Ansprüche gegen die Bahn (§ 470 Abs. 2).**

a. **Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.** Die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Hemmung und Unterbrechung der Verjährung (BGB. §§ 202 ff.) finden auch in den im § 470 Abs. 2 behandelten Fällen Anwendung. Hinzu tritt der weitere, in § 470 Abs. 2 bestimmte Hemmungsgrund.

b. **Verhältnis zur Verkehrsordnung.** Ein Teil der Vorschrift des § 470 Abs. 2 ist in VerkO. § 61 Abs. 6 wiedergegeben (oben Anm. I b). Der übrige Teil ist in VerkO. § 91 enthalten. VerkO. § 91 lautet:

„(1) Die Ansprüche gegen die Eisenbahn wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes verjähren in einem Jahre.

(2) Die Verjährung beginnt im Falle der Beschädigung oder Minderung mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Ablieferung stattgefunden hat, im Falle des gänzlichen Verlustes oder der verspäteten Ablieferung mit dem Ablaufe der Lieferfrist.

(3) Die Verjährung wird durch die schriftliche Anmeldung des Anspruchs bei der Eisenbahn gehemmt. Ergeht auf die Anmeldung ein abschlägiger Bescheid, so beginnt der Lauf der Verjährungsfrist wieder mit dem Tage, an welchem die Eisenbahn ihre Entscheidung dem Anmeldenden schriftlich bekannt macht und ihm die der Anmeldung etwa angeschlossenen Beweisstücke zurückstellt. Weitere Gesuche, die an die Eisenbahn oder an die vorgesetzten Behörden gerichtet werden, bewirken keine Hemmung der Verjährung.

(4) Für die Unterbrechung der Verjährung bewendet es bei den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften.

(5) Die im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche können nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn vorher der Verlust, die Minderung, die Beschädigung oder die verspätete Ablieferung der Eisenbahn angezeigt oder die Anzeige an sie abgesendet worden ist. Der Anzeige an die Eisenbahn steht es gleich, wenn gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen dem Absender und dem Empfänger oder einem späteren Erwerber des Gutes wegen des Verlustes, der Minderung, der Beschädigung oder der verspäteten Ablieferung anhängigen Rechtsstreite der Eisenbahn der Streit verkündet wird.

(6) Die Vorschriften dieses Paragraphen finden keine Anwendung, wenn die Eisenbahn den Verlust, die Minderung, die Beschädigung oder die verspätete Ablieferung des Gutes vorsätzlich herbeigeführt hat. Sie finden ferner keine Anwendung auf Rückgriffsansprüche der Eisenbahnen unter einander."

VerkO. § 91 Abs. 1 entspricht dem § 414 Abs. 1 Satz 1, der nach § 439 zur Anwendung kommt. Der Satz 2 Abs. 1 § 414: „Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden", der nach § 439 gleichfalls zur Anwendung kommen würde, ist in der VerkO. ausgelassen. Diese Auslassung ist zwar als absichtliche Änderung anzusehen (dagegen Eger § 91 Anm. 483), da der ganze übrige Teil des § 414 fast wörtlich wiederholt ist; indessen ist diese Abänderung des § 439 durch die VerkO. ungültig, da die Unzulässigkeitserklärung einer nach § 439 zulässigen vertraglichen Verlängerung der zu gunsten der Bahn wirkenden Verjährungsfrist eine Änderung des § 439 zu gunsten der Bahn enthalten würde, die nach § 471 nicht durch die VerkO. wirksam erfolgen kann. — VerkO. § 91 Abs. 2 stimmt sachlich mit § 414 Abs. 2 (439) überein; daß an ersterem Ort „Lieferfrist" an die Stelle von „Tag, an welchem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen" gesetzt ist, enthält keine sachliche Abweichung (§ 414 Anm. II a 3, BGB. § 187); die VerkO. verweist hiermit zugleich auf die durch sie festgesetzten Lieferfristen. — VerkO. § 91 Abs. 3 stimmt mit § 470 Abs. 2 überein, soweit dieser sich auf die

in § 439 Satz 1 bezeichneten Ansprüche bezieht. — VerkO. § 91 Abs. 4 enthält eine ohnedies selbstverständliche Bestimmung. — VerkO. § 91 Abs. 5 stimmt sachlich mit § 414 Abs. 3 (439), VerkO. § 91 Abs. 6 Satz 1 mit § 414 Abs. 4 (439) überein. Daß VerkO. § 91 Abs. 6 Satz 1 auch mit auf Abs. 3, 4 verweist, ist sachlich bedeutungslos, da eine nicht beginnende Verjährung ohnedies nicht unterbrochen oder gehemmt werden kann. Verk. § 91 Abs. 6 Satz 2 stimmt sachlich mit § 439 Satz 2 überein. — Ob die Wiederholung von Vorschriften des HGB. in der VerkO. eine besondere Wirkung hat, vgl. § 471 Anm. III.

§ 471.

Zwingende Vorschriften.

Die nach den Vorschriften des § 432 Abs. 1, 2, der §§ 438, 439, 453, 455 bis 470 begründeten Verpflichtungen der Eisenbahnen können weder durch die Eisenbahnverkehrsordnung noch durch Verträge ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Bestimmungen, welche dieser Vorschrift zuwiderlaufen, sind nichtig. Das Gleiche gilt von Vereinbarungen, die mit den Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung im Widerspruche stehen.

ADH. Art. 423. **Entw. I** § 444. **Entw. II** § 463.

I. Verhältnis zum früheren Recht.
II. Vorschriften des HGB.
III. Vorschriften der VerkO.

I. **Verhältnis zum früheren Recht.** D. 274 bemerkt: „Bezüglich des Inhalts der von den Eisenbahnen geschlossenen Frachtgeschäfte ist die Vertragsfreiheit im Art. 423 ADH. nur in Ansehung der Bestimmungen über die Haftpflicht der Eisenbahnen für Verlust, Beschädigung oder verspätete Ablieferung der Frachtgüter eingeschränkt; der § 463 des Entwurfs [jetzt § 471] schließt dagegen die Vertragsfreiheit in weiterem Umfange aus, indem er auch alle Vereinbarungen, welche mit der Eisenbahnverkehrsordnung im Widerspruche stehen, für nichtig erklärt. Tatsächlich liegt hierin keine Änderung des bestehenden Rechtszustands, da auch gegenwärtig die Eisenbahnen verpflichtet sind, sich in ihren Tarifbedingungen und bei den im einzelnen Falle getroffenen Vereinbarungen innerhalb der ihnen durch die Eisenbahnverkehrsordnung gezogenen Grenzen zu halten."

II. **Vorschriften des Handelsgesetzbuchs (§ 471 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1).**

a. **Vorschriften des § 432 Abs. 1, 2 und der §§ 438, 439, 453, 455—470.** Nur auf diese Vorschriften bezieht sich § 471 Abs. 1. Es sind dies aus den allgemeinen Vorschriften über das Frachtgeschäft die Bestimmungen über Haftung der Frachtführer nach außen bei Beförderung mit durchgehendem Frachtbrief (§ 432 Abs. 1, 2), Erlöschen der Ansprüche gegen den Frachtführer durch Annahme und Zahlung ohne Feststellung von Minderung oder Beschädigung (§ 438) und Verjährung der Ansprüche gegen den Frachtführer wegen Verlust, Minderung, Beschädigung oder Versäumung der Lieferzeit (§ 439). Ferner sämtliche Bestimmungen des siebenten Abschnitts mit Ausnahme von §§ 454, 472, 473. Der § 454 mußte ausgelassen werden, weil anderenfalls infolge der in § 454 enthaltenen Verweisung alle Bestimmungen des sechsten und siebenten Abschnitts der Regel des § 471 Abs. 1 unterstellt worden wären. Die Erwähnung des § 472 war nicht erforderlich, weil er nur auf die Verkehrsordnung verweist, für die Bestimmungen der Verkehrsordnung aber nach § 471 Abs. 2 Satz 2 eine mindestens gleich strenge Vorschrift gilt wie für das HGB. nach § 471 Abs. 1. Die Nichterwähnung des § 473 in § 471 Abs. 1 in Verbindung mit der Nichterwähnung des § 471 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 in § 473 Abs. 1 beruht wohl auf einem Fassungsfehler, denn, soweit § 473 Abs. 1 auf die Beförderungsbedingungen verweist, haben diese nicht bloß die Eigenschaft eines Teils des Vertragsinhalts, sind daher durch § 471 Abs. 1 nach seiner Fassung nicht getroffen; jedenfalls ist nicht anzunehmen, daß es zulässig sein sollte, die in § 471 Abs. 1 aufgezählten Verpflichtungen einer Kleinbahn durch deren

Beförderungsbedingungen zu beschränken oder auszuschließen. Vielleicht erklärt sich die Nichterwähnung des § 471 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 in § 473 Abs. 1 daraus, daß letztere Stelle nur aussagt, inwieweit die Beförderungsbedingungen „maßgebend" sind, daß aber eine nichtige Beförderungsbedingung nicht als maßgebend in Betracht kommen kann. — Für die Beförderung auf einer ausländischen Bahnstrecke ist — außer soweit Berner Vertrag Art. 4, 11 eingreift (vgl. Eger Internat. Übereink. Art. 4 Anm. 19) — der Ausschluß oder die Beschränkung von Verpflichtungen der Bahn ohne Rücksicht auf § 471 Abs. 1 zulässig (ROH. 21 60).

b. **Verpflichtungen der Eisenbahnen.** Wesentlich ist nur, daß die betreffende Bestimmung sachlich die Bahn nach derjenigen Richtung, die ausgeschlossen oder beschränkt werden soll, belastet (zust. Düringer-Hachenburg Anm. II 4b); unerheblich dagegen, ob die betreffende Bestimmung nach ihrer Fassung sich als Verpflichtung der Bahn oder als Recht des Verfügungsberechtigten oder noch in anderer Weise darstellt. So enthält z. B. § 439 nach seiner Fassung keine Verpflichtung der Bahn; die in § 471 Abs. 1 gemeinte Verpflichtung besteht hier unter anderem darin, daß die Verjährungsfristen nicht abgekürzt und die Bedingungen für Aufrechterhaltung der Verteidigungsrechte des Gegners der Bahn nicht erschwert werden dürfen. — Ob die Rechte der Eisenbahnen ausgeschlossen oder beschränkt, mithin die Verpflichtungen erhöht werden dürfen, vgl. betreffs Erhöhung durch Verkehrsordnung unten Anm. IIc, betreffs Erhöhung einer in der VerkO. geregelten Verpflichtung durch Vertrag unten zu III. Ein nicht in der VerkO., sondern nur im HGB. geordnetes Recht der Eisenbahn darf durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.

c. **Weder durch Eisenbahnverkehrsordnung noch durch Vertrag** können die bezeichneten Verpflichtungen der Bahn ausgeschlossen oder beschränkt werden. Auch nicht durch außerhalb der Verkehrsordnung aufgestellte Tarife und sonstige Anordnungen der Bahn. Solche Anordnungen, wenn das HGB. auf sie nicht verweist, würden nur als Teil des Vertragsinhalts in Betracht kommen (§ 453 Anm. IIId), also unter die in § 471 Abs. 1 verbotene Ausschließung oder Beschränkung durch Vertrag fallen. Soweit das HGB. auf sie verweist, sie also die Eigenschaft einer Rechtsverordnung haben, ist die bezüglich der Verkehrsordnung gegebene Vorschrift des Abs. 1 entsprechend auf sie auszudehnen. — Nur im voraus erfolgende Ausschließung oder Beschränkung durch Vertrag ist nichtig; ein nachträglicher Verzicht dagegen wirksam. — Aus der Erwähnung der Verkehrsordnung in § 471 darf nicht etwa geschlossen werden, daß die Verkehrsordnung in anderen Beziehungen als den in § 471 Abs. 1 erwähnten die Vorschriften des siebenten Abschnitts des HGB. Buch III (bezüglich des sechsten vgl. § 454) ändern könne. Nirgends im HGB. ist der Verkehrsordnung eine derartige Kraft zugeschrieben. Beispiellos aber wäre es, einer Ausführungsverordnung ohne ausdrücklichen Vorbehalt im Gesetz solche Kraft beizulegen. Aus der Eigenschaft der VerkO. als einer Rechtsverordnung (§ 453 Anm. IIIb) ist daher die Folgerung zu ziehen, daß jede gegen Vorschriften des siebenten Abschnitts des HGB. verstoßende Vorschrift der VerkO., auch wenn sie die Verpflichtungen der Bahn erhöht, nichtig ist. Auch als Teil des Vertragsinhalts läßt sich eine solche Vorschrift der VerkO. nicht aufrechthalten (vgl. auch unten Anm. III), da (S. 269) die rechtliche Bedeutung der einzelnen Teile der VerkO. nicht eine verschiedene sein kann. Daß nichtsdestoweniger in § 471 Abs. 1 Verkehrsordnung und Vertrag gleichgestellt sind, ist daher nur als irreführende Fassung anzusehen; der durch jene Fassung nahegelegte, aber nirgends im Gesetz ausdrücklich zugelassene Gegenschluß darf — weil mit der Eigenschaft der Verkehrsordnung als Rechtsverordnung unvereinbar — nicht gezogen werden.

d. **Ausgeschlossen oder beschränkt** dürfen die Verpflichtungen der Bahn nicht werden. Ob diese Verpflichtungen erweitert werden dürfen, vgl. oben zu b.

e. **Zuwiderhandlung** gegen das Verbot hat Nichtigkeit der betreffenden Bestimmung zur Folge. Handelt es sich um eine nichtige Bestimmung der Verkehrsordnung, so bleibt der einzelne Frachtvertrag, wenngleich beide Parteien bei Schließung des Vertrags die betreffende Bestimmung der Verkehrsordnung kannten, bestehen, da die Verkehrsordnung eine Rechtsvorschrift enthält (§ 453 Anm. IIIb), Irrtum über die anzuwendende Rechtsvorschrift aber nicht den Vertrag nichtig macht. Handelt es sich um eine nichtige Vertragsbestimmung, so ist der

ganze Frachtvertrag nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß er auch ohne jene nichtige Bestimmung geschlossen sein würde (BGB. § 139).

III. **Vorschriften der Verkehrsordnung (§ 471 Abs. 2 Satz 2).** Streitig ist, ob nur diejenigen abweichenden Vereinbarungen nichtig sind, durch welche die nach der Verkehrsordnung bestehenden Verpflichtungen der Bahn ausgeschlossen oder beschränkt werden (so Eger VerkO. S. XXXVII Anm. 40, Düringer-Hachenburg Anm. IV) oder allgemein alle, die mit der Verkehrsordnung nicht vereinbar sind, also auch diejenigen Vereinbarungen, welche die nach der Verkehrsordnung bestehenden Rechte der Bahn mindern oder aufheben (so CosackHR. § 85 III 2b, Staub § 453 Anm. 4). Auffällig wäre allerdings, wenn der Verkehrsordnung in höherem Grad als dem HGB. die Eigenschaft zwingenden Rechts hätte beigelegt werden sollen. Da dies aber immerhin möglich ist aus dem von Cosack hervorgehobenen Gesichtspunkt, daß dadurch die Begünstigung eines einzelnen Absenders verhindert werden sollte, und da die Denkschrift schweigt, so bleibt nichts übrig, als sich an den Wortlaut des Gesetzes zu halten. Dieser aber zwingt dazu, der Ansicht Cosacks und Staubs beizutreten. „Im Widerspruche" mit der Verkehrsordnung können auch Vereinbarungen stehen, die der Bahn nachteiliger sind als die Verkehrsordnung. Und das Gewicht der Verschiedenheit der Fassung des Abs. 1 und des Abs. 2 Satz 2 wird noch dadurch verstärkt, daß Abs. 2 Satz 2 keinen besonderen Absatz bildet, also auch äußerlich nicht dem Abs. 1 gleichgestellt ist. Als Folgerung aus der vorstehend befürworteten Auslegung des § 471 Abs. 2 Satz 2 ergibt sich allerdings, daß die wörtliche Wiederholung einer Vorschrift des HGB. in der VerkO. ihr hier einen anderen Inhalt, nämlich eine in verstärktem Maß zwingende Wirkung gibt (so fortlaufend Staub, z. B. § 456 Anm. 1; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. IV). — Der § 471 Abs. 2 Satz 2 macht keinen Unterschied zwischen Vorschriften der Verkehrsordnung über Güter- und über Personenverkehr, ist daher auch auf letzteren zu beziehen (dagegen CosackHR. § 97 I 1, Staub § 472 Anm. 7). Nicht in Widerspruch zur Verkehrsordnung stehen diejenigen Vereinbarungen, welche im Handelsgesetzbuch (§ 459 Nr. 1, 3, 6) oder in der Verkehrsordnung (z. B. VerkO. §§ 50 B 3, 68 Abs. 1) ausdrücklich vorbehalten sind. Ebensowenig Vereinbarungen, welche die Verkehrsordnung lediglich ergänzen (Lehmann Nr. 6); die in § 471 Abs. 2 Satz 2 bestimmte Unabänderbarkeit der Verkehrsordnung kann nur auf die ausdrücklich in ihr enthaltenen Vorschriften bezogen werden. Unter „Vorschriften der VerkO." in § 471 Abs. 2 sind nur solche verstanden, die gültig, insbesondere nicht nach § 471 Abs. 1 nichtig sind (Staub Anm. 3). Ob aus der Nichtigkeit der Vereinbarung die Nichtigkeit des ganzen Vertrags folgt, ist nach BGB. § 139 zu beurteilen. — Unwirksam ist beispielsweise die Vereinbarung, daß die Bahn nicht für den durch Nichtbefolgung der gemäß VerkO. § 64 erteilten nachträglichen Weisungen des Absenders entstandenen Schaden haften solle (OLG. München 20 IV 89 ZHR. 40 546), denn eine solche Vereinbarung verstößt gegen VerkO. §§ 64, 88.

§ 472.

Personenbeförderung.

Die Vorschriften über die Beförderung von Personen auf den Eisenbahnen werden durch die Eisenbahnverkehrsordnung getroffen.

ADH. — **Entw. I** § 445. **Entw. II** § 464.

I. Vorschriften über Personenbeförderung. III. Fahrkarte.
II. Abschluß des Vertrags.

I. **Rechtsvorschriften über Personenbeförderung** auf Eisenbahnen. Über Beförderung mit anderen Beförderungsmitteln vgl. § 425 Anm. Ib 1.

a. **Verkehrsordnung.** Die Vorschriften über Personenbeförderung auf Eisenbahnen sind enthalten in den Allgemeinen Bestimmungen der VerkO. (Eingangsbestimmungen und §§ 1—9) und in deren Sonderbestimmungen über Personenbeförderung (§§ 10—29). Die in VerkO. §§ 30ff., geregelte Beförderung des aufgegebenen Reisegepäcks ist eine Art der Güterbeförderung (§ 425 Anm. IIf), fällt also nicht unter § 472. Die Verkehrsordnung ist — soweit nach

zwischenstaatlichem Privatrecht das deutsche Recht anzuwenden ist — auch maßgebend für die Personenbeförderung von und nach dem Ausland, soweit dieser Verkehr nicht durch Sonderbestimmungen geregelt ist (VerkO. Eingangsbestimmungen Abs. 1 Satz 2). **Der Berner Vertrag** erstreckt sich nicht auf Personenbeförderung.

b. **Handelsgesetzbuch.** Neben den Bestimmungen der Verkehrsordnung, und diesen Bestimmungen vorgehend (§ 471 Anm. IIc), kommen diejenigen Vorschriften der §§ 453, 455—470 HGB. in Betracht, die nach ihrem Inhalt auch auf Personenbeförderung sich beziehen, also §§ 465 Abs. 3, 470 (ob § 458, vgl. § 458 Anm. I), aber für den Fall, daß nach § 465 Abs. 3 die Bahn für nicht aufgegebenes Reisegepäck überhaupt haftet, in Ansehung des letzteren auch ein großer Teil der übrigen Vorschriften der §§ 455—470. Über die Frage, ob auch § 471 Abs. 2 Satz 2 anwendbar auf Personenbeförderung ist, vgl. § 471 Anm. III. Die erwähnten Bestimmungen des HGB., soweit sie überhaupt auf Personenbeförderung Anwendung finden, sind auf die dem öffentlichen Personenverkehr dienenden Bahnen zu beschränken (§ 454 Anm. IV). Auf Kleinbahnen bezieht sich die Verkehrsordnung nicht (VerkO. Eingangsbestimmungen), mithin — mindestens zurzeit — auch nicht § 472. — Nach § 1 Abs. 2 Nr. 5 sind die Geschäfte der zur Beförderung von Personen zu Land bestimmten Anstalten Handelsgrundgeschäfte.

c. **Bürgerliches Gesetzbuch.**

1. Allgemeines. Ergänzend, soweit HGB. und VerkO. nicht bestimmen, greifen die Vorschriften des BGB. ein. Der entgeltliche Personenbeförderungsvertrag ist, wie der Güterbeförderungsvertrag (§ 425 Anm. Ia 1), Werkvertrag (RG. **23** 91, **62** 121, RG. 24 V 05 JW. 427[4], 19 VI 05 JW. 484[1] EisenbEntsch. **22** 179), selbst wenn ein ganzes Abteil oder mit oder ohne Lösung einer Platzkarte ein bestimmter Platz belegt (ebenso Staub Anm. 9, Lehmann Nr. 6, Düringer-Hachenburg Anm. III, Beyersdorf EisenbEntsch. **20** 80) oder ein Sonderzug bestellt wird (Beyersdorf aaO). Ist eine Inhaber-Fahrkarte ausgegeben, so kann ausnahmsweise (BGB. §§ 794 Abs. 1, 807) die Bahn auch ohne Abschluß eines Vertrags mit dem Inhaber oder seinem Rechtsvorgänger verpflichtet zur Beförderung des Inhabers sein (Lehmann 2 402 Fußnote 1). In welchen Fällen Beförderungsübernahme vorliegt, vgl. § 425 Anm. IIe.

2. Pflicht des Beförderers zur Fernhaltung von Gefahr. Durch den Beförderungsvertrag übernimmt die Bahn die Verpflichtung, die Person an ihr Reiseziel ohne vermeidbare Gefährdung ihrer Gesundheit zu befördern (RG. **62** 120). Wird infolge Nichterfüllung dieser Pflicht ein Fahrgast verletzt, so besteht die Haftung aus dem Beförderungsvertrag auch neben einer etwaigen Haftung aus dem Haftpflichtgesetz (RG. **61** 59). Teil der von der Bahn durch den Beförderungsvertrag übernommenen vertraglichen Verpflichtung ist auch die Gewährung eines gefahrfreien Zu- und Abgangs innerhalb der Bahnhofsanlage (RG. 27 I 87 EisenbEntsch. **5** 237, 19 IV 04 JW. 358[10], 1 VII 04 JW. 484[6], 2 II 05 JW. 185[36], 24 V 05 JW. 426[4]) und der von der Bahn zu unterhaltenden Zufahrtswege (RG. **53** 53, **55** 336, LG. II Berlin 11 VI 03 EisenbEntsch. **20** 83). Ebenso das Treffen geeigneter Vorkehrungen dafür, daß die Reisenden über die Stelle, an der sie einzusteigen haben, unterrichtet, wenigstens nicht irregeführt werden (vgl. RG. **46** 341). Die Bahn haftet für den Schaden, den ein Bahnbeamter bei gewaltsamer Entfernung eines trunkenen Reisenden schuldhaft einem anderen Reisenden zufügt (RG. 19 IV 04 JW. 358[10]). Auch außerhalb eines Vertragsverhältnisses haftet der Eisenbahnunternehmer in demselben Umfang wie jeder andere Unternehmer bei verschuldeter Vernachlässigung seiner Verpflichtung zur Unterhaltung der im Interesse der Allgemeinheit erforderlichen Anlagen (RG. **50** 398), und zwar nicht nur gemäß BGB. § 831, sondern auch unmittelbar gemäß BGB. § 823 (RG. **53** 57). So z. B. wegen nicht genügender Sorge für gehörige Beleuchtung während der verkehrsüblichen Zeit (RG. **53** 54). Ist ein ordnungswidriger Zustand festgestellt, so hat die Bahn zu beweisen, daß sie nicht die Sorgfalt verletzt habe (RG. 2 II 05 JW. 185[36]).

3. Verjährung. Die Schadensersatzansprüche wegen Tötung oder Körperverletzung bei dem Betrieb einer Eisenbahn unterliegen der zweijährigen Verjährung des HaftpflG. § 8, soweit auf HaftpflG. §§ 1—3 gestützt. In anderen Fällen unterliegen außervertragliche

Ansprüche, die auf Schadenszufügung während Beförderung gestützt werden, der dreijährigen Verjährung des BGB. § 852. Bezüglich der Vertragsansprüche ist angenommen worden, daß sie nicht der Verjährung des BGB. § 638 Abs. 1, sondern der dreißigjährigen Verjährung des BGB. § 195 unterliegen, da sie nicht auf einen Mangel des gelieferten Werks, sondern auf tätiges Zuwiderhandeln gegen die Sorgfaltspflicht bei Herstellung gestützt seien (so RG. 62 121); richtiger ist jedoch wohl die gegenteilige Annahme, daß BGB. §§ 638, 646 auch auf diejenigen Fälle des Werkvertrags entsprechend anzuwenden ist, bei denen nicht die Herstellung oder Veränderung einer Sache, sondern die Herstellung eines sonstigen Erfolgs durch Arbeit oder Dienstleistung Gegenstand des Vertrags ist, also z. B. auch auf den Personenbeförderungsvertrag (so RG. 19 VI 05 JW. 484 [1] EisenbEntsch. 22 179) und den Schleppvertrag (OLG. Hamburg 26 II 04 OLGRspr. 11 416). Das Werk ist weder vollendet noch abgenommen, die Verjährung aus BGB. §§ 638, 646 beginnt daher nicht, solange weder die Reise vollendet ist noch eine Einigung stattgefunden hat, daß es bei dem geleisteten Teil sein Bewenden haben soll (RG. 62 214, OLG. Hamburg 26 II 04 OLGRspr. 11 417).

II. **Abschluß des Vertrags.** Der Abschluß kann in der Regel formlos erfolgen; doch ist in den Zusatzbestimmungen zu VerkO. § 11 (§ 453 Anm. III d) für den Vertragsantrag in einzelnen Fällen der Beförderung zu ermäßigten Preisen Schriftlichkeit vorgeschrieben. Wird eine Fahrkarte ausgehändigt, so liegt darin nicht die schriftliche Annahme des Vertragsantrags (Staub Anm. 12), sondern die Aushändigung einer Urkunde in teilweiser Ausführung eines bereits vorher mündlich geschlossenen Vertrags. Der Aufdruck auf der Fahrkarte ist daher nicht maßgebend, wenn er von dem Inhalt des mündlichen Vertrags abweicht (dagegen LG. I Berlin 7 VII 94 KGBl. 94 99). — Ein Zwang zum Vertragsschluß besteht für die Bahn nach VerkO. § 6 (abgedruckt § 453 Anm. V a 1) mit den in VerkO. §§ 14, 17 Abs. 3, 20 bestimmten Maßgaben.

III. **Fahrkarte.** Sie ist, wenn ein Berechtigter in ihr nicht bezeichnet ist, ein unechtes Inhaberpapier, fällt also unter BGB. § 807 (RG. 24 V 05 JW. 427 [4], Staub Anm. 14, Lehmann Nr. 9, Düringer-Hachenburg IV, Goldmann Nr. 4; abweichend Beyersdorf EisenbEntsch. 20 81: „Legitimationszeichen" und ähnlich Seelmann EisenbEntsch. 22 85, 221). Daraus folgt, daß wenn derjenige, der die Karte gelöst hat, sie einem anderen, wenngleich einem Angehörigen, zur eigenen Benutzung weitergibt, fortan nur letzterer der Vertragsgegner der Eisenbahn in Ansehung des Beförderungsvertrags ist (RG. 24 V 05 JW. 427 [4] EisenbEntsch. 22 166). Die Fahrkarte ist keine Quittung (Staub Anm. 13; dagegen Düringer-Hachenburg Anm. IV). Wird nach mündlichem Abschluß des Beförderungsvertrags eine Fahrkarte ausgehändigt, so wirkt mithin diese Aushändigung im wesentlichen wie die Begebung eines Inhaberpapiers auf Grund formlosen Begebungsvertrags. Hieraus folgt, daß gegenüber dem Wortlaut der Urkunde die Bahn zwar gegenüber dem ersten, aber nicht gegenüber einem späteren Inhaber der Urkunde sich auf den abweichenden Inhalt des Beförderungsvertrags berufen kann (BGB. §§ 796, 807). Ferner, daß fortan nur der n e u e Inhaber Vertragsansprüche gegen die Bahn erheben kann (RG. 24 V 05 JW. 427 [4] EisenbEntsch. 22 166). Die von einer Staatsbahn ausgegebene Fahrkarte ist eine öffentliche Urkunde (RGSt. 37 319). — Nur das Nichtvorhandensein („o h n e gültige Fahrkarte"), nicht auch die vorübergehende Nichtauffindbarkeit der Fahrkarte verpflichtet zu den in VerkO. § 21 Abs. 2, 4 bestimmten Nachzahlungen (dagegen für die entsprechende Frage bei Straßenbahnen vgl. Seelmann EisenbEntsch. 22 224). Auch unverschuldetes Verlieren einer bei Beginn der Bahnbenutzung vorhanden gewesenen Fahrkarte befreit von jenen Nachzahlungen (Boethke EisenbEntsch. 21 90); dagegen wohl nicht auch verschuldetes Verlieren (streitig; dagegen LG. Magdeburg 6 X 02 EisenbEntsch. 20 195, Gorden EisenbEntsch. 20 196). Den Reisenden trifft die Beweislast für Vorhandensein der nichtauffindbaren Fahrkarte (LG. Magdeburg 6 X 02 EisenbEntsch. 20 196) und für das Unverschuldetsein des Verlierens.

§ 473.

Kleinbahn.

Bei einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Bahnunternehmung, welche der Eisenbahnverkehrsordnung nicht unterliegt (Kleinbahn), sind insoweit, als in den §§ 453, 459, 460, 462 bis 466 auf die Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung verwiesen ist, an deren Stelle die Beförderungsbedingungen der Bahnunternehmung maßgebend.

Den Vorschriften des § 453 unterliegt eine solche Bahnunternehmung nur mit der Maßgabe, daß sie die Uebernahme von Gütern zur Beförderung auf ihrer Bahnstrecke nicht verweigern darf.

ADH. — **Entw. I** § 446. **Entw. II** § 465.

I. Dem öffentlichen Verkehr dienende Kleinbahn. II. Die maßgebenden Vorschriften.

I. Dem öffentlichen Verkehr dienende Kleinbahn.

a. **Kleinbahn.** In § 473 ist sie als „Bahnunternehmung" bezeichnet. Ein sachlicher Grund, warum hier dies Wort und nicht das in §§ 453 ff. verwendete „Eisenbahn" gebraucht ist, erhellt nicht bei Zugrundlegung des Sprachgebrauchs des Handelsgesetzbuchs; das Wort „Bahnunternehmung" ist vermutlich aus VerkO. Eingangsbestimmungen Abs. 1 herübergenommen. Die Kleinbahn ist eine „Eisenbahn" im Sinn der §§ 453 ff. (§ 453 Anm. IV a). Wäre sie es nicht, so würden §§ 453 ff. nicht auf sie anwendbar sein; deren Anwendbarkeit ist aber in § 473 vorausgesetzt. — Nicht der Eisenbahnverkehrsordnung unterliegen diejenigen Bahnen, die weder zu den Haupteisenbahnen im Sinn der Betriebsordnung noch zu den Nebeneisenbahnen im Sinn der Bahnordnung gehören (VerkO. Eingangsbestimmungen Abs. 1).

b. **Dem öffentlichen Verkehr dienend.** Hiermit sollte Güter- und Personenverkehr zusammengefaßt werden. Die Vorschriften über Eisenbahn-Güterverkehr kommen nur auf die dem öffentlichen Güterverkehr, die Vorschriften über Eisenbahn-Personenverkehr nur auf die dem öffentlichen Personenverkehr dienenden Kleinbahnen zur Anwendung. Wann öffentlicher Verkehr vorliegt, vgl. § 453 Anm. IV b.

II. Die maßgebenden Vorschriften.

a. **Handelsgesetzbuch.** Für die Beförderung auf den dem öffentlichen Verkehr dienenden Kleinbahnen sind (oben Anm. I a) die Vorschriften der §§ 453 ff. maßgebend, und insoweit diese nichts anderes bestimmen, auf das Frachtgeschäft (§ 454) außerdem die Vorschriften der §§ 425—452. Der § 453 jedoch nur mit der in § 473 Abs. 2 bestimmten Maßgabe, und (§ 473 Abs. 1) die §§ 453, 459, 460, 462—466 mit der ferneren Maßgabe, daß insoweit dort auf die Verkehrsordnung verwiesen ist, an deren Stelle die Beförderungsbedingungen der Kleinbahn treten. Über die Frage, ob auch § 471 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 und § 472 anwendbar auf Kleinbahnen sind, vgl. § 471 Anm. II a bezw. § 472 Anm. I b. Über Haftung für Angestellte vgl. unten Anm. II c.

b. **Beförderungsbedingungen.** Soweit § 473 Abs. 1 sie nicht an die Stelle der Verkehrsordnung setzt, treten sie nicht an deren Stelle (D. 275 macht allerdings keine solche Unterscheidung), also nicht bei Anwendung der §§ 454, 471 Abs. 2 Satz 2, 472. Eine Ausnahme ist für § 471 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 anzunehmen (§ 471 Anm. II a). Daraus, daß bei Anwendung der §§ 454, 471 Abs. 2 Satz 2 die Beförderungsbedingungen der Kleinbahn nicht an die Stelle der Verkehrsordnung treten, folgt, daß erstens diese Beförderungsbedingungen — außer denjenigen Einzelbestimmungen derselben, auf die in §§ 453, 459, 460, 462—466 verwiesen ist — nicht den Vorschriften des Abschnitts 6 Buch III HGB. (und selbstverständlich nicht denen des Abschnitts 7) vorgehen, und zweitens, daß Vereinbarungen, die mit denjenigen Teilen der Beförderungsbedingungen, auf die nicht so verwiesen ist, in Widerspruch stehen, wirksam sind, gleichgültig ob darin eine Begünstigung oder eine Benachteiligung der Bahn liegt. Bezüglich derjenigen Teile der Beförderungsbedingungen aber, welche durch die Ver-

weisungen in §§ 453, 459, 460, 462—466 gedeckt sind, wird anzunehmen sein, daß sie — wie die Verkehrsordnung (§ 453 Anm. III b) — die Eigenschaft einer Rechtsverordnung haben; sie sind als Teile der §§ 453, 459, 460, 462—466 anzusehen, gehen daher den Vorschriften des Abschnitts 6 vor (§ 454) und sind nicht zum Vorteil der Bahn abänderbar durch Verträge (§ 471 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1). — Unter „Beförderungsbedingungen" sind sowohl diejenigen verstanden, die für die Beförderung auf der betreffenden Bahn im allgemeinen, wie auch diejenigen, die — falls dies nach den maßgebenden landesgesetzlichen Bestimmungen zulässig — im einzelnen Fall festgesetzt sind (D. 275).

c. **Bürgerliches Gesetzbuch.** Soweit nach Vorstehendem weder das HGB. noch die Beförderungsbedingungen der Kleinbahn eingreifen, kommen die Bestimmungen des BGB. über den Werkvertrag zur Anwendung. So namentlich bezüglich des Personenbeförderungsvertrags, soweit das HGB. (§ 472 Anm. I b) ihn nicht regelt (vgl. § 472 Anm. I c). Die Haftung für Angestellte regelt sich, soweit Frachtvertrag vorliegt, nach HGB. § 458 (§ 458 Anm. I); soweit Personenbeförderungsvertrag vorliegt, nach BGB. § 278; soweit außervertragliche Schadenszufügung in Betracht kommt, nach BGB. § 831. Über den in BGB. § 831 verwendeten Begriff der im Verkehr üblichen Sorgfalt vgl. Fuld EisenbEntsch. 20 186.

d. **Landesgesetzliche Vorschriften.** Für Preußen gilt das G. über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen v. 28. Juli 1892 (GS. 225). Die hierzu ergangenen Ausführungsanweisungen, Betriebsvorschriften, Verordnungen und Erlasse sind zusammengestellt bei Eger Gesetz über Kleinbahnen 2. Aufl. 1904.

Anhang zum siebenten Abschnitt.

Auszug aus den auf Güter- und Gepäckbeförderung bezüglichen Vorschriften der Eisenbahn-Verkehrsordnung.

(Die fettgedruckten Verweisungen bezeichnen die Stelle, an der die betreffende Bestimmung der Verkehrsordnung abgedruckt oder aus der sonst ihr Wortlaut ersichtlich ist.)

I. Eingangsbestimmungen.

(1). Vgl. HGB. **§ 453 Anm. III e,** § 473 Anm. I a.

(2) In Fällen eines dringenden Verkehrsbedürfnisses sowie zum Zwecke von Versuchen mit neuen Einrichtungen können Ergänzungen oder Änderungen einzelner Vorschriften dieser Ordnung vom Reichs-Eisenbahn-Amt im Einverständnisse mit den beteiligten Landesaufsichtsbehörden bis auf weiteres verfügt werden. Derartige vorläufige Verfügungen sind im Reichs-Gesetzblatte zu veröffentlichen. Die endgültige Regelung durch den Bundesrat ist tunlichst bald herbeizuführen. Vgl. HGB. § 453 Anm. III d. Beispiele solcher Verfügungen des Reichs-Eisenbahnamts in RGBl. 03 269, 06 431.

(3) Bestimmungen der Eisenbahnverwaltungen, welche die Verkehrsordnung ergänzen, sind mit Genehmigung der Landesaufsichtsbehörde zulässig. Abweichende Bestimmungen können für Nebenbahnen, wie auch dort, wo dies durch die Eigenart der Betriebsverhältnisse bedingt erscheint, von der Landesaufsichtsbehörde mit Zustimmung des Reichs-Eisenbahn-Amts bewilligt werden. Bestimmungen der in diesem Absatz erwähnten Art bedürfen zu ihrer Giltigkeit der Aufnahme in die Tarife. Die Genehmigung muss aus der Veröffentlichung zu ersehen sein. Vgl. HGB. § 453 Anm. III d.

II. Allgemeine Bestimmungen.

§ 1. Pflichten der Eisenbahnbediensteten.

(1) Die Bediensteten der Eisenbahnen haben im Verkehre mit dem Publikum ein entschiedenes, aber höfliches Benehmen einzuhalten und sich innerhalb der Grenzen ihrer Dienstpflichten gefällig zu bezeigen.

(2) Die Annahme von Vergütungen oder Geschenken für dienstliche Verrichtungen ist ihnen untersagt.

(3) Den Bediensteten ist das Rauchen während des dienstlichen Verkehrs mit dem Publikum verboten.

§ 2. Anordnungen der Bediensteten.

Den dienstlichen Anordnungen der in Uniform befindlichen oder mit Dienstabzeichen oder mit einer Legitimation versehenen Bediensteten ist das Publikum Folge zu leisten verpflichtet.

§ 3. Entscheidung der Streitigkeiten.

Streitigkeiten zwischen dem Publikum und den Bediensteten entscheidet auf den Stationen der Stationsvorsteher, während der Fahrt der Zugführer.

§ 4. Beschwerdeführung.

(1) Beschwerden können bei den Dienstvorgesetzten mündlich oder schriftlich angebracht, auch in das auf jeder Station befindliche Beschwerdebuch eingetragen werden.

(2) Die Verwaltung hat baldmöglichst auf alle Beschwerden zu antworten, welche unter Angabe des Namens und des Wohnorts des Beschwerdeführenden erhoben werden. Beschwerden über einen Bediensteten müssen dessen tunlichst genaue Bezeichnung nach dem Namen oder der Nummer oder einem Uniform-Merkmal enthalten.

§ 5. Betreten der Bahnhöfe und der Bahn.

Das Betreten der Bahnhöfe und der Bahn ausserhalb der bestimmungsmässig dem Publikum für immer oder zeitweilig geöffneten Räume ist jedermann, mit Ausnahme der dazu nach den bahnpolizeilichen Vorschriften befugten Personen, untersagt.

§ 6. Verpflichtung zum Transporte. Vgl. HGB. **§ 453 Anm. V a 1,** d, § 465 Anm. II.

§ 7. Transportpreise. Tarife. Vgl. HGB. **§ 453 Anm. VI b,** § 467 Anm. II b.

§ 8. Zahlungsmittel.

Ausser den gesetzlichen Zahlungsmitteln ist, wo das Bedürfnis vorhanden, auch das auf den ausländischen Nachbarbahnen gesetzlichen Kurs besitzende Gold- und Silbergeld — jedoch mit Ausschluss der Scheidemünze — zu dem von der Verwaltung festzusetzenden und bei der betreffenden Abfertigungsstelle durch Anschlag zu veröffentlichenden Kurse anzunehmen, insoweit nicht der Annahme ein gesetzliches Verbot entgegensteht.

§ 9. Haftung der Eisenbahn für ihre Leute.

Die Eisenbahn haftet für ihre Leute und für andere Personen, deren sie sich bei Ausführung der Beförderung bedient. Vgl. HGB. § 458 Anm. I, § 466 Anm. Ic.

III. Beförderung von Personen.

§ 10. Fahrpläne. Sonderfahrten. Abfahrtszeit.

§ 11. Fahrpreise. Ermässigung für Kinder.

§ 12. Inhalt der Fahrkarten.

§ 13. Lösung der Fahrkarten.

§ 14. Zurücknahme und Umtausch gelöster Fahrkarten. Vgl. § 472 Anm. II.

§ 15. Warteräume.

§ 16. Ein- und Aussteigen.

§ 17. Anweisung der Plätze. Frauen-Abteilungen. Vgl. § 472 Anm. II.
§ 18. Tabakrauchen in den Wagen.
§ 19. Versäumung der Abfahrt.
§ 20. Ausschluss von der Fahrt. Vgl. § 472 Anm. II. Jetzige Fassung des § 20 Abs. 2: RGBl. 04 29.
§ 21. Kontrole der Fahrkarten. Bahnsteigkarten. Jetzige Fassung des § 21: RGBl. 04 143.
§ 22. Verhalten während der Fahrt.
§ 23. Beschädigung der Wagen.
§ 24. Verfahren auf Zwischenstationen. Anhalten auf freier Bahn.
§ 25. Freiwillige Unterbrechung der Fahrt.
§ 26. Verspätung oder Ausfall von Zügen. Betriebsstörungen.
§ 27. Mitnahme von Hunden.
§ 28. Mitnahme von Handgepäck in die Personenwagen. Vgl. § 465 Anm. II.
§ 29. Von der Mitnahme ausgeschlossene Gegenstände. Zu Abs. 1, 4, 5 vgl. HGB. **§ 467 Anm. IIa.**

IV. Beförderung von Reisegepäck.

§ 30. Begriff des Reisegepäcks. Zu Abs. 2 vgl. HGB. **§ 465 Anm. II.** Zu Abs. 4 vgl. HGB. **§ 467 Anm. IIa.** Zu Abs. 5 vgl. HGB. § 453 Anm. Vd 3, **§ 462 Anm. II,** § 467 Anm. II. a.

§ 31. Art der Verpackung. Entfernung älterer Beförderungszeichen. Zu Abs. 1 vgl. HGB. **§ 459 Anm. IIIb.** Ob **§** 31 Abs. 2 verbindlich, ist streitig (Litteratur bei Fuld EisenbEntsch. 22 412).

§ 32. Auflieferung des Gepäcks. Gepäckscheine. Vgl. HGB. § 425 Anm. IIIa, zu Abs. 5—7 auch HGB. **§ 465 Anm. II.**

§ 33. Auslieferung des Gepäcks. Vgl. HGB. § 426 Anm. Ic 3, zu Abs. 2 auch HGB. § 465 Anm. II, zu Abs. 3 auch HGB. § 416 Anm. IIb 2.

§ 34. Haftung der Eisenbahn für Reisegepäck.

(1) Für das zur Beförderung aufgegebene Reisegepäck haftet die Eisenbahn nach den für die Beförderung von Gütern (Abschnitt VIII) geltenden Bestimmungen, soweit solche auf die Beförderung von Reisegepäck sinngemässe Anwendung finden können und sich nicht Abweichungen aus den Bestimmungen des gegenwärtigen Abschnitts ergeben.

(2). Vgl. HGB. **§ 463 Anm. II.**

(3)—(6). Vgl. HGB. **§ 465 Anm. II,** zu Abs. 4 auch § 465 Anm. IV.

§ 35. In Verlust geratene Gepäckstücke. Zu Abs. 1 vgl. HGB. § 429 Anm. I a 1, **§ 456 Anm. I,** zu Abs. 2 vgl. HGB. **§ 457** Anm. **IVe,** § 465 Anm. III.

§ 36. Haftung der Eisenbahn für verspätete Ankunft des Reisegepäcks.

(1) Die Eisenbahn haftet für den Schaden, welcher durch verspätete Auslieferung des Reisegepäcks (§ 33 Abs. 2) entsteht, es sei denn, dass die Verspätung von einem Ereignisse herrührt, welches sie weder herbeigeführt hat noch abzuwenden vermochte. Vgl. HGB. § 466 Anm. Ia.

(2) und (3). Vgl. HGB. **§ 466 Anm. IIa.**

§ 37. Gepäckträger. Vgl. HGB. § 458 Anm. IIIc.
§ 38. Aufbewahrung des Gepäcks. Vgl. HGB. **§ 416 IIb 4,** 2.

V. Beförderung von Expressgut.

§ 39. Begriff des Expressguts.

Die Eisenbahnen können in den Tarifen bestimmen, dass der Transport von Gütern, welche sich zur Beförderung in Packwagen eignen, auch wenn sie nicht als Reisegepäck

(§ 30) zur Aufgabe gelangen, auf Gepäckschein oder auf besonderen Beförderungsschein zulässig ist (Expressgut).

§ 40. Aufgabe und Auslieferung des Expressguts. Vgl. HGB. § 425 Anm. III a.

§ 41. Anwendbarkeit der Bestimmungen für Reisegepäck.

Im übrigen finden auf die Beförderung von Expressgut die Bestimmungen des Abschnitts IV sinngemässe Anwendung, soweit nicht durch die Tarife die Anwendung des Abschnitts VIII vorgesehen ist. Vgl. HGB. § 466 Anm. II a.

VI. Beförderung von Leichen.

§ 42. Beförderungs-Bedingungen. Jetzige Fassung RGBl. 02 236. Vgl. HGB. § 453 Anm. V d 3, zu Abs. 3 auch HGB. § 459 Anm. III f, zu Abs. 4 auch HGB. § 427 Anm. I a.

§ 43. Art der Abfertigung und der Auslieferung. Jetzige Fassung RGBl. 02 236. Vgl. HGB. § 425 Anm. II a, § 459 Anm. III c.

VII. Beförderung von lebenden Tieren.

§ 44. Besondere Beförderungsbedingungen. Vgl. HGB. § 453 Anm. V d 3, § 459 Anm. III f. Jetzige Fassung RGBl. 04 253.

§ 45. Art der Abfertigung. Vgl. HGB. § 425 Anm. III a.

§ 46. An- und Abnahme.

§ 47. Lieferfrist für Tiere. Vgl. HGB. § 466 Anm. I a.

§ 48. Anwendbarkeit der Bestimmungen für Güter.

(1) Im übrigen finden auf die Beförderung von Tieren die Bestimmungen des Abschnitts VIII sinngemässe Anwendung.

(2). Vgl. HGB. **§ 463 Anm. II.**

VIII. Beförderung von Gütern.

§ 49. Direkte Beförderung. Vgl. HGB. **§ 453 Anm. V a 2.**

§ 50. Von der Beförderung ausgeschlossene oder nur bedingungsweise zugelassene Gegenstände. Vgl. HGB. § 453 Anm. V a 1, d, **§ 467 Anm. II a,** zu § 50 B 2 auch HGB. § 456 Anm. V, zu § 50 B 4 auch HGB. § 459 Anm. III f.

§ 51. Inhalt des Frachtbriefs. Jetzige Fassung des Abs. 2 RGBl. 05 7. Vgl. HGB. **§ 426 Anm. III c 1,** zu d auch HGB. § 467 Anm. II b, zu l auch HGB. § 453 Anm. V b, zu m auch HGB. § 426 Anm. III b 8, zu n auch HGB. § 455 Anm. I, II, zu Abs. 2 auch HGB. § 453 Anm. V b.

§ 52. Form des Frachtbriefs. Vgl. HGB. **§ 426 Anm. III c 2.**

§ 53. Haftung für die Angaben im Frachtbriefe. Bahnseitige Ermittelungen. Frachtzuschläge. Vgl. **§ 426 Anm. IV b,** zu Abs. 1 auch HGB. § 467 Anm. III c, zu Abs. 7—13 auch HGB. § 467 Anm. III b, c, zu Abs. 8 ferner HGB. § 456 Anm. V.

§ 54. Abschluss des Frachtvertrags.

(1). Vgl. HGB. **§ 425 Anm. III a,** § 426 Anm. I a.

(2) Die Abstempelung hat ohne Verzug nach vollständiger Auflieferung des in demselben Frachtbriefe verzeichneten Gutes und auf Verlangen des Absenders in dessen Gegenwart zu erfolgen.

(3) Der mit dem Stempel versehene Frachtbrief dient als Beweis über den Frachtvertrag. Vgl. HGB. § 426 Anm. I b 2, § 455 Anm. III a.

(4). Vgl. HGB. **§ 459 Anm. III c 1.**

(5)—(8). Vgl. HGB. **§ 455 Anm. I,** zu Abs. 5 auch HGB. § 453 Anm. V e 1, § 455 Anm. II, zu Abs. 6 auch HGB. § 455 Anm. III a, zu Abs. 7 auch HGB. § 455 Anm. II.

§ 55. Vorläufige Einlagerung des Gutes. Vgl. HGB. **§ 453 Anm. V e,** zu Abs. 2 auch HGB. § 425 Anm. II e 5, § 453 Anm. V e 1, VI, zu Abs. 3 auch HGB. § 453 Anm. V e 1.

§ 56. Auflieferung und Beförderung des Gutes. Vgl. § 459 Anm. III c 1.

(1) Das Gut muss in den von der Eisenbahn festzusetzenden Dienststunden aufgeliefert und, falls die Verladung nach den Vorschriften dieser Ordnung oder des Tarifs oder nach besonderer Vereinbarung dem Absender obliegt, innerhalb derselben verl aden werden. Bei einer nach und nach stattfindenden Auflieferung der mit demselben Frachtbrief aufgegebenen, von der Eisenbahn zu verladenden Sendung ist, sofern die Auflieferung durch den Absender über 24 Stunden verzögert wird, die Eisenbahn berechtigt, ein im Tarife festzusetzendes Lagergeld zu erheben. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn von der Eisenbahn zu verladende Güter mit unvollständigem oder unrichtigem Frachtbrief aufgeliefert sind und die Berichtigung nicht binnen 24 Stunden nach der Beanstandung erfolgt. Wegen der Anfuhr der Gütern durch Rollfuhrunternehmer der Eisenbahn siehe § 68. Vgl. HGB. § 416 Anm. II b 2.

(2) Die Beförderung erfolgt, je nach der Bestimmung im Frachtbrief, als Eilgut oder als Frachtgut.

(3) An Sonn- und Festtagen wird gewöhnliches Frachtgut nicht angenommen und am Bestimmungsorte dem Empfänger nicht verabfolgt. Eilgut wird auch an Sonn- und Festtagen, aber nur in den ein für allemal bestimmten, durch Aushang an den Abfertigungsstellen sowie in einem Lokalblatte bekannt zu machenden Tageszeiten angenommen und ausgeliefert.

(4) Die Beförderung der Güter findet in der Reihenfolge statt, in welcher sie zur Beförderung angenommen worden sind, sofern nicht zwingende Gründe des Eisenbahnbetriebs oder das öffentliche Interesse eine Ausnahme rechtfertigen. Eine Zuwiderhandlung gegen diese Vorschriften begründet den Anspruch auf Ersatz des daraus entstehenden Schadens. Vgl. HGB. § 453 Anm. VI, VII.

(5) Die Eisenbahnen sind verpflichtet, Einrichtungen zu treffen, durch welche die Reihenfolge der Güterabfertigung festgestellt werden kann.

(6) Die Bereitstellung der Wagen für solche Güter, deren Verladung der Absender selbst zu besorgen hat (siehe Abs. 1), muss für einen bestimmten Tag nachgesucht und die Auflieferung und Verladung in der von der Eisenbahn zu bestimmenden Frist vollendet werden. Diese Frist ist durch Anschlag an den Abfertigungsstellen sowie in einem Lokalblatte bekannt zu machen.

(7) Erfolgt die Auflieferung und Verladung nicht innerhalb dieser Frist, so hat der Absender nach deren Ablaufe das im Tarife festzusetzende Wagenstandgeld zu bezahlen. Dasselbe gilt in dem Falle, wenn Güter, die von dem Absender zu verladen sind (siehe Abs. 1), mit unrichtigem oder unvollständigem Frachtbrief aufgeliefert werden und die Berichtigung nicht innerhalb der festgesetzten Ladefrist erfolgt. Auch ist die Eisenbahn berechtigt, den Wagen auf Kosten des Bestellers zu entladen und das Gut auf dessen Gefahr und Kosten auf Lager zu nehmen. Bei Bestellung des Wagens ist auf Verlangen der Eisenbahn eine den Betrag einer Tagesversäumnis deckende Sicherheit zu bestellen. Wenn die Eisenbahn festzugesagte Wagen nicht rechtzeitig stellt, so hat sie dem Besteller eine dem Wagenstandgeld entsprechende Entschädigung zu zahlen.

(8) Der Lauf der in den Abs. 1 und 7 vorgesehenen Fristen ruht an Sonn- und Festtagen, sowie für die Dauer einer zoll- oder steueramtlichen Abfertigung, sofern diese nicht durch den Absender verzögert wird. Der Absender hat die Dauer der Abfertigung nachzuweisen.

§ 57. Beförderung in gedeckten oder in offenen Wagen. Vgl. HGB. **§ 459 Anm. III a 1.**

§ 58. Verpackung und Bezeichnung des Gutes.

(1)—(3). Vgl. HGB. **§ 459 Anm. III b.**

(4) Die Stückgüter sind in haltbarer, deutlicher und Verwechselungen ausschliessender

Weise, genau übereinstimmend mit den Angaben im Frachtbrief, äusserlich zu bezeichnen (signieren). Vgl. HGB. § 467 Anm. II b 1.

(5) Die Eisenbahn ist berechtigt zu verlangen, dass Stückgüter vom Absender mit der Bezeichnung der Bestimmungsstation in dauerhafter Weise versehen werden, sofern deren Beschaffenheit dies ohne besondere Schwierigkeit gestattet.

§ 59. Zoll-, Steuer-, Polizei- und statistische Vorschriften. Vgl. HGB. **§ 427 Anm. III.**

§ 60. Berechnung der Fracht.

(1) Die Grundsätze für Frachtberechnung sind im Tarif (§ 7) anzugeben.

(2) Ausser den im Tarif angegebenen Frachtsätzen und Vergütungen für besondere im Tarife vorgesehene Leistungen dürfen nur bare Auslagen erhoben werden, insbesondere Aus-, Ein- und Durchgangsabgaben, nicht in den Tarif aufgenommene Kosten für Überführung und Auslagen für Ausbesserungen an den Gütern, welche infolge ihrer äusseren oder inneren Beschaffenheit zu ihrer Erhaltung notwendig werden. Diese Auslagen sind gehörig festzustellen und in dem Frachtbrief ersichtlich zu machen, welchem die Beweisstücke beizugeben sind.

(3) Wenn die Eisenbahn die Güter von der Behausung des Absenders abholen oder aus Schiffen löschen lässt, oder an die Behausung des Empfängers oder an einen anderen Ort, z. B. nach Packhöfen, Lagerhäusern, Revisionsschuppen, in Schiffe usw. bringen lässt, so sind die durch die Tarife oder durch Aushang an den Abfertigungsstellen bekannt zu machenden Gebühren hierfür zu entrichten. Der Rollfuhrmann hat seinen Gebührentarif bei sich zu tragen und auf Verlangen vorzuzeigen.

§ 61. Zahlung der Fracht. Ansprüche wegen unrichtiger Frachtberechnung; Verjährung solcher Ansprüche.

(1) Werden die Frachtgelder nicht bei der Aufgabe des Gutes zur Beförderung berichtigt, so gelten sie als auf den Empfänger angewiesen. Die Versandstation hat im Falle der Ausstellung eines Frachtbrief-Duplikats auch in diesem die frankierten Gebühren, welche von ihr in den Frachtbrief eingetragen wurden, zu spezifizieren.

(2) Bei Gütern, welche nach dem Ermessen der annehmenden Bahn schnellem Verderben unterliegen, oder wegen ihres geringen Wertes die Fracht nicht sicher decken, kann die Vorausbezahlung der Frachtgelder gefordert werden.

(3) Wenn im Falle der Frankierung der Betrag der Gesamtfracht beim Versand nicht genau bestimmt werden kann, so kann die Versandbahn die Hinterlegung des ungefähren Frachtbetrags fordern.

(4)—(7). Vgl. HGB. § 426 Anm. IV b, **§ 470 Anm. 1 b,** zu Abs. 4 auch HGB. § 436 Anm. IV b, § 438 Anm. II b.

§ 62. Nachnahme.

(1) Dem Absender ist gestattet, das Gut bis zur Höhe des Wertes desselben mit Nachnahme zu belasten. Bei denjenigen Gütern, für welche die Eisenbahn Vorausbezahlung der Fracht zu verlangen berechtigt ist (§ 61 Abs. 2), kann die Belastung mit Nachnahme verweigert werden.

(2) Für die aufgegebene Nachnahme wird die tarifmässige Provision berechnet. Die Berechnung von Provision ist auch für bare Auslagen der Eisenbahn gestattet. Provisionsfrei sind die von den Eisenbahnen nachgenommenen Frachtgelder, die tarifmässigen Nebengebühren, als: Frachtbrief-, Wäge-, Signier-, Lade-, Krangelder, Zollabfertigungsgebühren usw., ferner die statistische Gebühr des Warenverkehrs sowie Portoauslagen und die Rollgelder der von der Bahnverwaltung bestellten Fuhrunternehmer.

(3) Als Bescheinigung über die Auflegung von Nachnahmen dient der abgestempelte Frachtbrief, das Frachtbrief-Duplikat oder die anderweit gestattete Bescheinigung über Aufgabe von Gütern. Auf Verlangen werden ausserdem besondere Nachnahmescheine, und zwar gebührenfrei erteilt.

(4) Die Eisenbahn ist verpflichtet, sobald der Betrag der Nachnahme von dem Em-

pfänger bezahlt ist, den Absender hiervon zu benachrichtigen und demselben die Nachnahme auszuzahlen. Dies findet auch Anwendung auf Auslagen, welche vor der Aufgabe für das Frachtgut gemacht worden sind. Ist im Tarife die Auszahlung der Nachnahme vom Ablauf einer bestimmten Frist abhängig gemacht, so entfällt die Notwendigkeit einer besonderen Benachrichtigung.

(5) Ist das Gut ohne Einziehung der Nachnahme abgeliefert worden, so haftet die Eisenbahn für den Schaden bis zum Betrage der Nachnahme und hat denselben dem Absender sofort zu ersetzen, vorbehaltlich ihres Rückgriffs gegen den Empfänger.

(6) Barvorschüsse können zugelassen werden, wenn dieselben nach dem Ermessen des abfertigenden Beamten durch den Wert des Gutes sicher gedeckt sind.

§ 63. Lieferfrist. Vgl. HGB. § 466 Anm. Ia.

(1) Die Lieferfristen sind durch die Tarife zu veröffentlichen und dürfen die nachstehenden Maximalfristen nicht überschreiten:

a) für Eilgüter:

1. Expeditionsfrist . . . . 1 Tag,
2. Transportfrist
   für je auch nur angefangene 300 Kilometer . . . . 1 Tag;

b) für Frachtgüter.

1. Expeditionsfrist . . . . 2 Tage,
2. Transportfrist
   bei einer Entfernung bis zu 100 Kilometer . . . . 1 Tag;
   bei grösseren Entfernungen für je auch nur angefangene weitere 200 Kilometer . . . . 1 Tag.

(2) Wenn der Transport aus dem Bereich einer Eisenbahnverwaltung in den Bereich einer anderen anschliessenden Verwaltung übergeht, so berechnen sich die Transportfristen aus der Gesamtentfernung zwischen der Aufgabe- und Bestimmungsstation, während die Expeditionsfristen ohne Rücksicht auf die Zahl der durch den Transport berührten Verwaltungsgebiete nur einmal zur Berechnung kommen.

(3) Den Eisenbahnverwaltungen ist gestattet, mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde Zuschlagsfristen für folgende Fälle festzusetzen;

1. Für solche Güter, deren Beförderung von und nach abseits von der Bahn gelegenen Orten (Güternebenstellen) die Eisenbahn übernommen hat.
2. Für aussergewöhnliche Verkehrsverhältnisse, wobei es zulässig ist, die Zuschlagsfristen ausnahmsweise vorbehaltlich der Genehmigung der Aufsichtsbehörde festzusetzen.
3. Für den Übergang auf Bahnen mit anderer Spurweite.

Die Zuschlagsfristen sind gehörig zu veröffentlichen. Aus der Bekanntmachung muss zu ersehen sein, ob und durch welche Behörde die Genehmigung erteilt, oder ob eine solche vorbehalten ist. Im lezteren Falle muss die nachträglich erfolgte Genehmigung innerhalb 8 Tagen durch eine besondere Bekanntmachung veröffentlicht werden. Die Festsetzung von Zuschlagsfristen ist wirkungslos, wenn die nachträgliche Genehmigung von der Aufsichtsbehörde versagt, oder die erteilte Genehmigung nicht rechtzeitig veröffentlicht wird.

(4) Die Lieferfrist beginnt, abgesehen von dem Falle des § 55 Abs. 3, mit der auf die Annahme des Gutes nebst Frachtbrief (§ 54 Abs. 1) folgenden Mitternacht und ist gewahrt, wenn innerhalb derselben das Gut dem Empfänger oder derjenigen Person, an welche die Ablieferung gültig geschehen kann, an die Behausung oder an das Geschäftslokal zugeführt ist oder, falls eine solche Zuführung nicht zugesagt oder ausdrücklich verboten ist (§ 68 Abs. 5), wenn innerhalb der gedachten Frist schriftliche Nachricht von der erfolgten Ankunft für den Empfänger zur Post gegeben oder solche ihm auf andere Weise wirklich zugestellt ist.

(5) Für Güter, welche bahnlagernd gestellt sind, sowie für solche Güter, deren Empfänger sich die Benachrichtigung schriftlich verbeten haben, ist die Lieferzeit gewahrt, wenn das Gut innerhalb derselben auf der Bestimmungsstation zur Abnahme bereitgestellt ist.

(6) Der Lauf der Lieferfristen ruht für die Dauer der zoll- oder steueramtlichen oder polizeilichen Abfertigung sowie für die Dauer einer ohne Verschulden der Eisenbahn eingetretenen Betriebsstörung, durch welche der Antritt oder die Fortsetzung des Bahntransports zeitweilig verhindert wird.

(7) Ist der auf die Auflieferung des Gutes zur Beförderung folgende Tag ein Sonntag oder Festtag, so beginnt bei gewöhnlichem Frachtgute die Lieferfrist 24 Stunden später.

(8) Falls der letzte Tag der Lieferfrist ein Sonntag oder Festtag ist, so läuft bei gewöhnlichem Frachtgute die Lieferfrist erst an dem darauf folgenden Werktag ab.

§ 64. Verfügungsrecht des Absenders. Vgl. HGB. **§ 433 Anm. III,** § 471 Anm. III, zu Abs. 1 auch HGB. § 434 Anm. III, zu Abs. 2, 4, 6, 7 HGB. **§ 455 Anm. I,** zu Abs. 4 auch § 453 Anm. III d.

§ 65. Transporthindernisse. Vgl. HGB. **§ 428 III f,** § 453 Anm. V d 5, zu Abs. 4 auch HGB. **§ 455 Anm. I,** III c.

§ 66. Ablieferung des Gutes. Vgl. HGB. **§ 435 Anm. V,** zu Abs. 1 auch HGB. § 435 Anm. III c 3, zu Abs. 2 auch HGB. § 435 Anm. I c.

§ 67. Verpflichtung des Empfängers durch Annahme des Gutes und des Frachtbriefs. Vgl. **§ 436 Anm. V.**

§ 68. Verfahren bei Ablieferung des Gutes.

(1) Soweit das Abladen der Güter nach den Vorschriften dieser Ordnung oder des Tarifs oder nach besonderer Vereinbarung der Eisenbahn obliegt, hat diese zu bestimmen, ob die Güter dem Empfänger an seine Behausung zuzuführen sind oder ob ihm über die Ankunft Nachricht zu geben ist. Auf den Stationen, wo hiernach die Güter dem Empfänger zugeführt werden sollen, ist dies durch Aushang an den Abfertigungsstellen bekannt zu machen. Über die Ankunft der vom Empfänger abzuladenden Güter ist diesem auf seine Kosten, vorbehaltlich der nachstehenden Ausnahmen, stets Nachricht zu geben. Sie erfolgt nach Wahl der Eisenbahn schriftlich durch die Post oder besonderen Boten, unter Angabe der Frist, innerhalb welcher nach § 69 Abs. 2 das Gut abzunehmen ist, soweit nicht eine andere Art der Benachrichtigung zwischen dem Empfänger und der Eisenbahn schriftlich vereinbart worden ist. Die Benachrichtigung unterbleibt, wenn der Empfänger sich dieselbe verbeten hat, sowie bei bahnlagernd gestellten Gütern. Für die Ausfertigung der Benachrichtigung darf eine Gebühr nicht berechnet werden. Vgl. HGB. § 472 Anm. III.

(2) Die Benachrichtigung hat bei gewöhnlichem Gute spätestens nach Ankunft und Bereitstellung des Gutes zu erfolgen. Bei Eilgut muss, sofern nicht aussergewöhnliche Verhältnisse eine längere Frist unvermeidlich machen, die Benachrichtigung binnen 2 Stunden, die Zuführung an die Behausung des Empfängers binnen 6 Stunden nach Ankunft erfolgen. Diese Fristen ruhen an Sonn- und Festtagen von 12 Uhr mittags, an Werktagen von 6 Uhr abends bis zum Anfange der Dienststunden des folgenden Tages. Die Festsetzungen über die Lieferfrist (§ 63) werden hierdurch nicht berührt.

(3). Vgl. HGB. **§ 458 Anm. III d,** § 468 Anm. I.

(4). Vgl. HGB. **§ 458 Anm. III d.**

(5) Diejenigen Empfänger, welche ihre Güter selbst abholen oder sich anderer als der von der Eisenbahn bestellten Fuhrunternehmer bedienen wollen, haben dies der Güter-Abfertigungsstelle rechtzeitig vorher, jedenfalls noch vor Ankunft des Gutes, auf Erfordern der Abfertigungsstelle unter glaubhafter Bescheinigung ihrer Unterschrift, schriftlich anzuzeigen. Die Befugnis der Empfänger, ihre Güter selbst abzuholen oder durch andere als von der Eisenbahn bestellte Fuhrunternehmer abholen zu lassen, kann von der Eisenbahn

im allgemeinen Verkehrsinteresse mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde beschränkt oder aufgehoben werden. Vgl. HGB. § 459 Anm. IIIc 1.

(6) Müssen Güter den bestehenden Vorschriften zufolge nach den Abfertigungsräumen oder nach Niederlagen der Zoll- oder Steuerverwaltung oder nach sonstigen in den Vorschriften bezeichneten Räumen verbracht werden, so geschieht dies durch die Eisenbahn, auch wenn der Empfänger sich die Selbstabholung vorbehalten hat, es sei denn, dass die Eisenbahn ihm die Vorführung überlässt.

(7) Die Auslieferung des Gutes erfolgt gegen Zahlung der etwa darauf haftenden Fracht- und sonstigen Beträge und gegen Ausstellung der Empfangsbescheinigung. Letztere hat sich auf die einfache Anerkennung des Empfanges zu beschränken; weitere Erklärungen, namentlich über tadellosen oder rechtzeitigen Empfang, dürfen nicht gefordert werden. Güter, welche nicht durch die Eisenbahn zuzuführen sind, werden dem Empfänger auf Vorzeigung des seitens der Eisenbahn quittierten Frachtbriefs zur Verfügung gestellt, und zwar die vom Empfänger auszuladenden auf den Entladeplätzen, die übrigen Güter in den Abfertigungsräumen (auf den Güterböden). Vgl. HGB. § 429 Anm. I a 3 γ.

(8) Der Empfänger ist berechtigt, bei der Auslieferung von Gütern deren Nachwägung in seiner Gegenwart auf dem Bahnhofe zu verlangen. Diesem Verlangen muss die Eisenbahn bei Stückgütern stets, bei Wagenladungsgütern insoweit, als die vorhandenen Wägevorrichtungen dazu ausreichen, nachkommen. Gestatten die Wägevorrichtungen der Eisenbahn eine Verwiegung von Wagenladungsgütern auf dem Bahnhofe nicht, so bleibt dem Empfänger überlassen, die Verwiegung da, wo derartige Wägevorrichtungen am nächsten zur Verfügung stehen, in Gegenwart eines von der Eisenbahn zu bestellenden Bevollmächtigten vornehmen zu lassen. Ergibt die Nachwägung kein von der Eisenbahn zu vertretendes Mindergewicht, so hat der Empfänger die durch die Verwiegung entstandenen Kosten oder die tarifmässigen Gebühren sowie die Entschädigung für den etwa bestellten Bevollmächtigten zu tragen. Dagegen hat die Eisenbahn, falls ein von ihr zu vertretendes und nicht bereits anerkanntes Mindergewicht festgestellt wird, dem Empfänger die ihm durch die Nachwägung verursachten Kosten zu erstatten.

§ 69. Fristen für die Abnahme der nicht zugerollten Güter.

(1) Die nach den Vorschriften dieser Ordnung oder des Tarifs oder nach besonderer Vereinbarung durch die Eisenbahn auszuladenden Güter sind binnen der im Tarife festzustellenden lagerzinsfreien Zeit, welche nicht weniger als 24 Stunden nach Absendung beziehungsweise Empfang (vgl. § 68 Abs. 1 in Verbindung mit § 63 Abs. 4) der Benachrichtigung betragen darf, während der vorgeschriebenen Geschäftsstunden abzunehmen.

(2) Die Fristen, binnen welcher die von dem Empfänger abzuladenden Güter durch denselben auszuladen und abzuholen sind, werden durch die besonderen Vorschriften jeder Verwaltung festgesetzt und sind, sofern sie für deren ganzes Gebiet gleichmässig erlassen werden, durch den Tarif, anderenfalls auf jeder Station durch Aushang an den Abfertigungsstellen sowie durch Bekanntmachung in einem Lokalblatte zur öffentlichen Kenntnis zu bringen. Erfolgt die Benachrichtigung über die Ankunft des Gutes durch die Post, so beginnen diese Fristen frühestens 3 Stunden nach der Aufgabe des Benachrichtigungsschreibens zur Post.

(3) Für bahnlagernd gestellte sowie für solche Güter, deren Empfänger sich die Benachrichtigung schriftlich verbeten haben, beginnt der Lauf der im Abs. 1 und 2 erwähnten Fristen mit Ankunft des Gutes.

(4) Der Lauf der Entlade- und Abholungsfristen (Abs. 2) ruht während der Sonn- und Festtage sowie für die Dauer einer zoll- oder steueramtlichen Abfertigung, sofern diese nicht durch den Absender oder den Empfänger verzögert wird. Seitens der letzteren ist die Dauer der Abfertigung nachzuweisen.

(5) Wer das Gut nicht innerhalb der in diesem Paragraphen erwähnten Fristen abnimmt, hat ein in den Tarifen festzusetzendes Lagergeld oder Wagenstandgeld zu bezahlen. Auch

ist die Eisenbahn berechtigt, die Ausladung der nach den Vorschriften dieser Ordnung oder des Tarifs oder nach besonderer Vereinbarung vom Empfänger auszuladenden Güter auf dessen Gefahr und Kosten zu besorgen. Vgl. § 416 Anm. IIb 2.

(6) Dagegen ist die Eisenbahn zum Ersatze der nachgewiesenen Kosten der zwar rechtzeitig, aber vergeblich versuchten Abholung eines Gutes in dem Falle verpflichtet, wenn das Gut auf Benachrichtigung des Empfängers von der Ankunft nicht spätestens nnerhalb einer Stunde nach dem Eintreffen des Abholers zur Entladung oder Abgabe bereitgestellt ist.

(7) Wenn der geregelte Verkehr durch grosse Güteranhäufungen gefährdet wird, so ist die Eisenbahn zur Erhöhung der Lagergelder und der Wagenstandgelder und, wenn diese Massregel nicht ausreichen sollte, auch zur Verkürzung der Ladefristen und zur Beschränkung der lagerzinsfreien Zeit für die Dauer der Anhäufung der Güter, und zwar alles dieses unter Beachtung der für die Festsetzung von Zuschlagslieferfristen im § 63 Abs. 3 Ziffer 2 gegebenen Vorschriften berechtigt.

§ 70. Ablieferungshindernisse. Vgl. HGB. **§ 437 Anm. VI,** zu Abs. 2 auch HGB. § 416 Anm. IIb 2.

§ 71. Feststellung von Verlust und Beschädigung des Gutes seitens der Eisenbahn. Vgl. HGB. **§ 464 Anm. II.**

§ 72. Feststellung von Mängeln des Gutes durch amtlich bestellte Sachverständige oder durch die Gerichte. Vgl. **§ 464 Anm. II.**

§ 73. Aktivlegitimation. Reklamationen.

(1)—(2). Vgl. HGB. **§ 455 Anm. I,** IIIc.

(3) Aussergerichtliche Ansprüche (Reklamationen) sind mit einer Bescheinigung über den Wert des Gutes und, wenn dem Empfänger der Frachtbrief übergeben ist, mit diesem schriftlich anzubringen. Die Eisenbahnen haben derartige Ansprüche mit tunlichster Beschleunigung zu untersuchen und, sofern nicht eine gütliche Verständigung erfolgt, mittelst schriftlichen Bescheids zu erledigen.

§ 74. Haftpflicht mehrerer an der Beförderung beteiligter Eisenbahnen. Vgl. HGB. **§ 469 Anm. I.**

§ 75. Haftpflicht der Eisenbahn für Verlust, Minderung oder Beschädigung des Gutes im allgemeinen. Vgl. HGB. **§ 456 Anm. I,** zu Abs. 2 auch HGB. § 429 Anm. Ia 3γ.

§ 76. Beschränkung der Haftung bezüglich des Bestimmungsorts. Vgl. HGB. **§ 468 Anm. I.**

§ 77. Beschränkung der Haftpflicht bei besonderen Gefahren. Vgl. HGB. **§ 459 Anm. I.**

§ 78. Beschränkung der Haftung bei Gewichtsverlusten. Vgl. HGB. **§ 460 Anm. I.**

§ 79. Vermutung für den Verlust des Gutes. Vgl. HGB. § 429 Anm. Ia 1, **§ 456 Anm. I.**

§ 80. Höhe des Schadensersatzes bei Verlust oder Minderung des Gutes. Vgl. HGB. **§ 457 Anm. I.**

§ 81. Beschränkung der Höhe des Schadensersatzes durch die Tarife.

(1). Vgl. HGB. **§ 461 Anm. II.**

(2). Vgl. HGB. **§ 462 Anm. II.**

(3). Vgl. HGB. **§ 461 Anm. II,** § 462 Anm. II.

§ 82. Wiederauffinden des Gutes. Vgl. HGB. § 457 **Anm. IVe.**

§ 83. Höhe des Schadensersatzes bei Beschädigung des Gutes. Vgl. HGB. **§ 457 Anm. I,** § 461 Anm. IIb, § 462 Anm. II.

§ 84. Angabe des Interesses an der Lieferung. Ihre Voraussetzungen. Vgl. HGB. **§ 463 Anm. II.**

§ 85. Höhe des Schadensersatzes für Verlust, Minderung oder Beschädigung bei Angabe des Interesses an der Lieferung. Vgl. HGB. **§ 463 Anm. II.**

§ 86. Haftung für Versäumung der Lieferfrist. Vgl. HGB. **§ 466 Anm. Ia.**

§ 87. Höhe des Schadensersatzes bei Versäumung der Lieferfrist. Vgl. HGB. § 463 Anm. II, **§ 466 Anm. IIa.**

§ 88. Schadensersatz bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit der Eisenbahn. Vgl. HGB. § 430 Anm. IVa, **§ 457 Anm. I,** § 461 Anm. IIb, § 462 Anm. II, § 463 Anm. II. § 471 Anm. III.

§ 89. Verwirkung der Ersatzansprüche. Vgl. HGB. **§ 467 Anm. I.**

§ 90. Erlöschen der Ansprüche nach Bezahlung der Fracht und Annahme des Gutes. Vgl. HGB. **§ 464 Anm. I,** zu Abs. 2 Nr. 2 auch HGB. § 438 Anm. IIb, zu Abs. 3 auch HGB § 438 Anm Id, IIIe.

§ 91. Verjährung der Ansprüche gegen die Eisenbahn wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder Verspätung des Gutes. Vgl. **§ 470 Anm. IIb,** zu Abs. 2 auch § 414 Anm. IIa 3.

Sachregister.

(Die einfachen Zahlen verweisen auf die Paragraphen und Anmerkungen; A bedeutet Anhang zu §, A S.: Anhang Seite, V.: Vorbemerkung zu §.)

A.

B.

C.

F.

G.

H.

J.

K.

L.

M.

O.

P.

P.

S.

T.

V.

W.

Z.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.







